ERIC LORENZO PÉREZ SARMIENTO

Manual General de Derecho Procesal Penal

Primera Edición: enero 1999
Primera reimpresión: octubre 1999
Segunda reimpresión: enero 2000
Tercera reimpresión: octubre 2000
Segunda edición: Abril 2002
Tercera edición: Mayo de 2013

ERIC LORENZO PÉREZ SARMIENTO
MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL

Hecho el depósito de Ley
Depósito Legal lf11199834039993
ISBN: 980-212 -271-8
© Copyright 2002. **Vadell Hermanos Editores C.A.**
Valencia: Calle Montes de Oca, Edif. Tacarigua, Piso 6
Teléfonos: (041) 58.59.69 - 58.45.10 - Fax: (041) 57.41.52
e-mail:edvadell@telcel.net.ve
www.vadellhermanos.com
Caracas: Peligro a Pele el Ojo, Edif. Golden, Sótano.
Teléfonos: (0212) 572.31.08 - 572.52.43 - 577.81.10
Diagramación:
Corrección:
Diseño de portada:
Impresión:
Impreso en Venezuela - *Printed in Venezuela*

Tanto va el cántaro a fuente...
hasta que se rompe.

A la memoria de mi callampa,
que buenos momentos me ha dado
tanto en el descampado
como bien lejos del hampa

PRÓLOGO

Someto a vuestra consideración este *Manual de Derecho Procesal Penal* que no es un brevario al uso para la enseñanza del derecho procesalde un país en concreto, sino una obra general, con pretensiones de intemporal y ubicua y que intenta rumiar y mascullar el derecho procesal penal que fue, que es o que pudiera llegar a ser. Es, por así decirlo, una obra del derecho histórico, del comparado, del vigente y cambiante y también de *lege ferenda*.

Entre 1998 y 2008 apareciron en América Latinba muy buenas razones para escribir un Manual como este, pues comenzó entre nosotros una desbocada carrera al encuentro del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal, poco o nada conocido hasta ese momento en nuestros países y de cual ya no queda sino el cansancio.

Como bien conocen los amables lectores, después de la aprobación en Venezuela del llamado Código Orgánico Procesal Penal de 1998 y la ulterior plasmación en la Carta Magna de 1999, de los principios fundamentales del Derecho procesal moderno; tales como la prohibición de detención de personas sin autorización judicial, salvo los casos de flagrancia; la legalidad de la prueba; la protección judicial del hogar doméstico; el derecho a ser juzgado en libertad; el derecho de todo condenado al recurso ante un tribunal superior; entre otros, esos pasos, con reformas constitucionales incluidas, fueron seguidos por la República Dominicana, Chile, Argentina, Colombia, Perú, Salvador, Panamá, Ecuador, Mexico y Honduras.

Esto me animó a dar a conocer los fundamentos esenciales de ese sistema de procedimiento *insight* y a mostrar cómo éstos se manifestan en la entonces novísima legislación procesal penal. El *boom* de aquella avalancha legislativa colmó con creces mis expectativas y me dejó absolutamente comprometido a publicar y a mantener actualizada esta obra, y es precisamente ese compromiso el que vengo a cumplir en esta oportunidad. La ocasión es magnífica, además, porque me brinda la oportunidad de perfilar conceptos y concretar intenciones ya que esta es una obra didáctica, destinada a los abogados estudiosos, cualquiera sea el papel que desempeñen en el proceso, así como a los profesores y estudiantes de Derecho, con la sempiterna pretensión de contribuir al mejor conocimiento del sistema acusatorio de procedimiento penal.

De lo que se trata, es de poner a salvo esta obra de los vaivenes de la legislación, siempre presentes en cualquier parte del mundo, persuadido como estoy de que, aun con sus

infinitas variantes, la esencia del procedimiento penal podrá reducirse siempre a unos planteos básicos, de conformidad con la naturaleza de las cosas, lo cual es tanto más importante, cuanto más agredida se encuentre la esencia del acusatorio con la promulgación de leyes expresas de reforma o de derogación tácita de sus componentes fundamentales.

Como siempre, a mis lectores les deseo lo mejor y espero de ustedes la indulgencia con que debe premiarse a la audacia bien intencionada.

El autor.
Caracas, noviembre de 2014

ABREVIATURAS UTILIZADAS

art.———artículo
CC———Código Civil
CCom ———Código de Comercio
CEC ————Código de Enjuiciamiento Criminal
COJM ————Código Orgánico de Justicia Militar
CJS————Corte Suprema de Justicia
COPP ————Código Orgánico Procesal Penal
COT ———— Código Orgánico Tributario
CP ————Código Penal
CPC ————Código de Procedimiento Civil
CPP _____ Código de Procedimiento Penal
CP _____ Constitución Política.
LP _____ Leyes de Policía
LBPP————Ley de Beneficios sobre el Proceso Penal
LCJ ———— Ley de Carrera Judicial
LECrim ———— Ley de Enjuiciamiento Criminal (España)
LLPF———— Ley de Libertad Provisional bajo Fianza
LTT———— Ley de Tránsito Terrestre
LOCJ ———— Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura
LOCP ————Ley Orgánica de Crédito Público
LOCSJ ———— Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia
LOHPN ———— Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional
LOPA ———— Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
LOPJ ———— Ley Orgánica del Poder Judicial

LPIPJ ——————— Ley de Policía de Investigaciones Penales
LPP ——————— Ley de Procedimiento Penal (Cuba)
LOPNA ——————— Ley Orgánica de Protección al Niño y el Adolescente.
LORM ——————— Ley Orgánica de Régimen Municipal
LORP———————Ley Orgánica de Régimen Presupuestario
LOSEP ——————— Ley Orgánica de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.
LOSPP——————— Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.
LTM ——————— Ley Tutelar del Menor
Num. ——————— numeral
ONGs ——————— Organizaciones no gubernamentales.
StPO——————— Ordenanza Procesal Penal (Alemania).
TSJ ——————— Tribunal Supremo de Justicia.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....xi
ABREVIATURAS UTILIZADAS.....xv

HACER ÍNDICE

CAPÍTULO I
PROCESO PENAL Y SOCIEDAD

1.- CONCEPTO DE PROCESO PENAL

La ocurrencia de los hechos que la sociedad considera punibles, en el grado más atentatorio contra la convivencia social, desata siempre una cadena de eventos que tiene por finalidad determinar quienes son los responsables de esos hechos, en qué medida lo son y , de ser ciertamente responsables, como deben servir esa responsabilidad. En esa cadena de eventos se inscribe, precisamente el proceso penal, aun cuando no todo evento persecutorio del hecho punible pueda reputarse legítimamente procesal.

De tal manera, podemos decir que, desde el punto de vista filosófico, el proceso penal, en su sentido jurídico, pertenece al reino de la libertad y en su sentido sociológico, hace parte del reino de la necesidad. De la libertad, porque la sociedad, en uso del libre albedrío del ser humano, produce una ley procesal que es producto de las particulares relaciones de poder en un momento dado; y de la necesidad, porque ninguna sociedad humana puede vivir sin un modo más o menos preciso de persecución del delito.

En su sentido jurídico, el proceso penal es el conjunto de actos sucesivos y ordenados, regulados por el derecho, que deben realizar los particulares y el Estado para la investigación y esclarecimiento de los hechos punibles y para la determinación de la responsabilidad de las personas involucradas en aquéllos y que, si bien implica el uso de medios coercitivos por parte del Estado, también debe comportar el respeto a los derechos fundamentales de la persona y la garantía del derecho a la defensa. Esto último marca la diferencia entre la actual comprensión democrática y humanista del proceso penal y las concepciones precedentes, guiadas más por la idea de castigar y hacer pagar a alguien por el delito que a asegurar el verdadero esclarecimiento de los hechos. El proceso penal es cada día más, un método reglado para salvaguardar los derechos de los incriminados en la investigación penal, que aunque socialmente necesaria, conduce no pocas veces a arbitrariedades y atropellos. De ahí, que sea necesario, como lo haremos más adelante, replantearse el problema de la instrumentalidad del derecho procesal penal respecto al derecho Penal sustantivo.

Sin embargo, el proceso penal también puede ser definido, en sentido sociológico, como el conjunto de eventos sociales que se desatan con motivo de la investigación de los hechos punibles y del enjuiciamiento de los presuntos responsables, pues en ese devenir suceden acontecimientos que pueden dejar honda huella en el seno de una comunidad o de un país y que afecta a los imputados, a las víctimas, a sus respectivos allegados y a la opinión pública, nada de lo cual es ignorado por las modernas corrientes del derecho procesal penal y de la Sociología Jurídica.

Pero si analizamos detenidamente la definición jurídica de proceso penal que hemos aportado antes, observaremos que en ella se destacan cinco aspectos muy importantes. En primer lugar, se aprecia que el proceso penal no puede ser otra cosa que un conjunto de actos sucesivos y ordenados dirigidos a un fin concreto. El vocablo «proceso», como señala el profesor uruguayo Enrique Véscovi, siguiendo a más de un centenar de autores, procede de las raíces «pro», que significa «para adelante», y «cedere», que implica caminar, avanzar, y señala acertadamente, siguiendo a Couture, el carácter teleológico o de persecución de un fin determinado, que presenta tal sucesión dinámica de actos.[11]

En segundo lugar, cada uno de los actos que forman el proceso, en su propia existencia, requisitos y límites, así como el orden en que han de sucederse y la oportunidad procesal de su ocurrencia, deben estar regulados por normas jurídicas y, casi absolutamente, por normas jurídicas de rango legal; es decir, que constituyan ley en sentido formal, pues en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados modernos, el procedimiento penal es reserva legal por disposición constitucional.

En tercer lugar, el proceso penal tiene como objeto la investigación y el esclarecimiento de hechos punibles. Esta circunstancia confiere una connotación eminentemente social al proceso penal, a diferencia de los procedimientos civiles, mercantiles, laborales o administrativos, pues el proceso penal, al tener como objeto los conflictos generados por hechos punibles, fundamentalmente por los delitos propiamente dichos, tiene un impacto en la conciencia social mucho mayor que aquellas otras formas de procesos, referidos mayormente a conflictos privados con impacto solamente, por lo general, en la esfera o entorno vivencial de los particulares implicados. Esto se refleja en una mayor exigencia y rigor en el proceso penal respecto a la participación de toda la comunidad en sus tareas y cometidos, que tiene manifestaciones concretas en la obligación general de denunciar los hechos punibles, en el deber general de testificar respecto de ellos y, eventualmente, en la participación ciudadana en el juzgamiento en primera instancia.

En cuarto lugar, y como corolario del punto anterior, el proceso penal tiene como objetivo la determinación de las responsabilidades de las personas involucradas en los hechos punibles, por lo cual, siempre y cuando haya habido personas señaladas como autoras o partícipes en un hecho punible, la situación de éstas debe ser definitivamente resuelta y jamás quedar irresoluta o pendiente, pues ello constituye esa nefasta deformación procesal, denominada «absolución de la instancia», que es mucho más grave en el proceso penal que en el proceso civil, pues en este último la absolución de la instancia se presenta como un *non liquet* o empate entre las partes, que si bien constituye una forma de denegación de justicia, perjudicial para la seguridad jurídica, no es comparable, en su dimensión social, con la existencia de un sujeto acusado a perpetuidad y de un delito impune.

---

[1].- Ver: VÉSCOVI, Enrique: *Teoría General del Proceso.* Editorial Temis Librería, Bogotá, 1984, p. 103.

La absolución de la instancia en materia penal, consiste precisamente en dar por terminado un proceso penal sin haber determinado si los acusados son culpables o inocentes, dejándolos a ellos y a la opinión pública en la incertidumbre, al tiempo que el delito que pudo haberse cometido permanece sin resolver. Se trata de un resultado procesal totalmente contrario a la seguridad jurídica, pues los inculpados corren el riesgo de una ulterior y lejana apertura del proceso en su contra, con los inconvenientes que ello supone y con la posibilidad de una sentencia condenatoria incluida.

Finalmente, y en quinto lugar, obsérvese que si bien el proceso penal comporta un grado necesario de coerción estatal sobre los ciudadanos que, como ya explicamos antes, puede consistir en la adopción de medidas cautelares que limiten la libertad individual y la disponibilidad de los imputados sobre sus bienes, así como en la obligación de todas las personas de denunciar o de declarar en el proceso. Tales formas de coerción deben estar reguladas en la ley y su adopción tiene que fundarse en principios de necesidad y utilidad, no debiendo colidir con el respeto de la dignidad humana ni con el derecho a la defensa del imputado, que se debe manifestar fundamentalmente en el acceso a las actuaciones, en la posibilidad de hacer alegatos y solicitar diligencias probatorias y de contar con el asesoramiento de un abogado leal a sus intereses.

2.- NECESIDAD DEL PROCESO PENAL

La historia del derecho nos demuestra claramente que el desarrollo de las formas procesales penales está íntimamente vinculado al desarrollo mismo de los pueblos, a la profundi-zación de sus valores humanos y organizativos.

La sociedad organizada no puede existir sin un método para la investigación de los hechos punibles, para la determinación de la responsabilidad penal y para la solución de los conflictos derivados de la comisión de hechos punibles, y ese método no es otra cosa que el procedimiento penal. La ausencia de tal método, acarrearía no solo arbitrariedad sino también anarquía, en razón de la aplicación de formas de proceder frente al delito, ya superadas por la humanidad como la venganza privada y la ley del talión.

De tal manera, el proceso penal es una necesidad vital para el orden social y la convivencia civilizada en cualquier clase de sociedad humana. Y lo que es más importante, cuanto más justo y equitativo sea ese íter procesal, tanto mayor serán las posibilidades de cumplimiento exitoso de sus fines y más firmes serán los valores de convivencia y acatamiento consciente de las leyes. En ello reside el inmenso valor político-social del proceso penal.

En la Exposición de Motivos de la versión original del Código Orgánico Procesal Penal venezolano de 1998, se leía lo siguiente:

> En una sociedad democrática el proceso penal no debería constituir un simple instrumento de represión, sino un conjunto de reglas que, preservando las garantías procesales, le permita al juez conocer la verdad de los hechos, y aplicar la norma que corresponda según la ley y el derecho. Tal como lo expresaran Horst Schönbohm y Norbert Lösing[2], lo justo es encontrar el camino entre la necesidad de la investigación para la realización del derecho penal material y la protección de los derechos del imputado: esa es la misión del Derecho procesal penal.

No podemos menos que coincidir con el gran jurista y procesalista penal argentino Julio A. Quevedo Mendoza, en el sentido de que: «La cuestión de elegir el camino más apto para administrar la justicia penal ha sido siempre de la más alta primacía jurídica y política».[3]

De esta afirmación del referido autor se infiere la prioridad que tiene la determinación del cauce procesal respecto de la forma sustantiva penal, o dicho con otras palabras, las leyes o códigos de procedimiento penal son más importantes que las leyes o códigos penales sustantivos, por cuanto el enjuiciamiento, su forma de ser y las garantías de que esté revestido, constituyen la medida del grado de libertad imperante en una sociedad dada y porque la forma de juzgar es esencial para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Cuanto más amplio, transparente y generoso sea el procedimiento, mayores serán las posibilidades de acceder a la verdad material, que es el fundamento último del proceso penal.

La lucha sin fin por la consecución de formas óptimas y justas de enjuiciamiento penal ha estado siempre estrechamente ligada al curso del desarrollo político de los pueblos y a la presencia de mayores o menores niveles de democracia en las distintas sociedades a través de la historia.

Por las razones antes expuestas, el proceso penal no debe ser tenido como un arma de la sociedad para combatir el delito, ni puede ser tomado como instrumento de políticas criminales más o menos pasajeras. Es decir, las garantías de un juicio justo que se pueden obtener a través del diseño de un proceso penal limpio y transparente, no pueden ser estiradas o encogidas según las conveniencias de los gobiernos de turno, pues ello sería diametralmente contrario a su sentido democrático. Lamentablemente, muchas sociedades no se libran de esa tentación y continuamente recurren a la modificación de las normas del enjuiciamiento penal, supuestamente para alcanzar mayor eficacia en la represión del delito, olvidando por completo las políticas sociales y la elevación de la eficacia del trabajo policial; cosas estas que ayudan, la primera, a la reducción del delito y la segunda, a asegurar la verdadera fundamentación de las acusaciones y por ende, de las sentencia

---

[2] .- Destacados estudiosos alemanes del proceso penal y profesores de Derecho Procesal Penal.

[3] .- Ver: QUEVEDO MENDOZA, Julio A.: "Juicio oral en materia penal". Artículo en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires, 1950.

condenatorias. No debe olvidarse, que el proceso penal en una sociedad democrática, debe dejar siempre un amplio margen para la duda razonable y la presunción de inocencia.

3.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROCESO PENAL. EL SISTEMA ACUSATORIO Y EL SISTEMA INQUISITIVO Y SUS CARACTERÍSTICAS

Los sistemas de enjuiciamiento desarrollados por la humanidad son esencialmente dos: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo. En el sistema acusatorio, basado en el predominio de la oralidad, el juez no actúa nunca de oficio, sino a instancia de una parte acusadora que tiene la carga de probar los hechos que imputa. El sistema inquisitivo, en cambio, se caracteriza por ser totalmente escrito y funciona a base de la actuación de oficio y sin límites del juez.

Absolutamente opuestos en su esencia, estos sistemas son, por su propia naturaleza, representativos de los momentos de mayor esplendor (el acusatorio) o de mayor oscuridad (el inquisitivo) en la vida de las naciones. Así, por ejemplo, el sistema acusatorio fue característico de las grandes democracias esclavistas de la antigüedad (Atenas, Cartago, Roma, etc.), en las cuales los hombres libres tenían derecho a un juicio oral, público y en libertad, y podían además aspirar a ello. Por el contrario, los habitantes de los Estados feudales del medievo, incluidos los nobles y los clérigos, eran juzgados, cuando mucho, por jueces ignotos y por causas que a menudo nunca llegaban a conocer hasta la sentencia definitiva; eso si es que no eran sometidos a las ordalías o juicios de Dios, consistentes en pruebas objetivas tales como inflicción de heridas o quemaduras a los acusados para observar si sanaban o no en un lapso determinado, transcurrido el cual, el sanado era absuelto y el insano era declarado culpable.

Si aplicamos la infalible lógica de la naturaleza de las cosas al proceso penal, no podremos menos que concluir, y así lo corrobora la historia del Derecho, que el procedimiento penal nació oral y acusatorio. Si observamos detenidamente la conducta de los niños al denunciar a un hermano o a un compañero de clases, ante sus padres o ante los maestros, encontraremos el modelo más puro y expedito de juicio incriminatorio que pueda existir. En este tipo de «procedimiento», el «órgano jurisdiccional», generalmente escucha al «acusador» y al «acusado», evacua las «pruebas» a que haya lugar y finalmente «dicta sentencia» sumariamente y suele ejecutarla inmediatamente.

Este modelo, absolutamente sociológico, que concitó en su día la atención de los más eminentes investigadores sociales, tales como Henry Lewis Morgan, Federico Engels, Theodor Mömmsen y Emile Durkheim, es la base original del juicio oral como forma de conocimiento jurídico y como tal aparece en las culturas de la antigüedad, tal como se trasluce de documentos tan vetustos como el Código de Hammurabi, las leyes de Manú, el libro de los Muertos, las leyes de Solom, la Ley de las Doce Tablas y el Popol Vuh. No es difícil corroborar esto si tenemos en cuenta que el derecho era consuetudinario y no escrito en la etapa inicial de la historia de todos los pueblos antiguos.

De tal manera, el procedimiento penal, una vez superada la fase de la venganza privada y tomado ya el control de la punición por el Estado, comenzó teniendo la forma de juicio oral, aunque matizado de las formalidades míticas y religiosas propias de las culturas primigenias.

El posterior surgimiento de la escritura y el desarrollo de la burocracia estatal, mucho más alejada de las preocupaciones de la comunidad y del interés común que los antiguos jefes tribales, condujeron a la aparición de los procedimientos escritos. Por una parte, la escritura, si bien garantizaba de manera indudable, la fijación en el tiempo de los resultados procesales, tenía dos resultados altamente negativos, pues, por una parte, el funcionario encargado de resolver el asunto, escondido tras los expedientes del proceso, se alejaba de la realidad vívida de la litis, es decir, dejaba de lado la inmediación como instrumento del conocimiento de los hechos y, por otra parte, su decisión podía ser postergada indefinidamente so pretexto que necesitaba tiempo para instruirse en el contenido del expediente. En este mismo orden de ideas, la burocratización de la dirección de los asuntos sociales incrementó aún más estas consecuencias negativas de la escritura. El mejor ejemplo de lo que decimos lo encontramos en la misma historia del procedimiento romano, cuyo íter va desde las llamadas «legis actionis» o acciones de la ley, básicamente orales, pasando luego al proceso «per formula» o formulario, totalmente escrito, para desembocar luego en la «extraordinaria cognitio» o proceso extraordinario, de carácter mixto.

A la caída del Imperio Romano de Occidente, como es sabido, la vida de todo el mundo occidental quedó dominada por la Iglesia Católica, único elemento unificador de una Europa fragmentada en pequeñísimos Estados. La Iglesia Católica era portadora de un orden absolutamente diferente al de los grandes Estados paganos de la antigüedad y por ello, el carácter reservado, totalizador, misterioso y corporativo de la vida monacal, que caracteriza a la Iglesia Romana, fue rápidamente trasladado a un orden jurídico dominado por el Derecho Canónico, cuyas fuentes eran, precisamente, esos caracteres.

De tal manera, a partir de 1215, con la oficialización de los Tribunales del Santo Oficio por el IV Concilio de Letrán[4], el procedimiento penal se hizo inquisitivo, escrito y secreto. Los acusados nunca sabían a ciencia cierta de qué se les acusaba hasta que se dictaba sentencia definitiva, y los poderes del juzgador eran infinitos, sin que, por otra parte, el procesado tuviere derecho a una defensa justa, con iguales posibilidades de actuación que los acusadores. Para colmo de males, el proceso se hace totalmente escrito en una época en la cual, a diferencia de las antiguas polis griegas y de las

[4] .- El término Inquisición, del latín *Inquisitio Haereticae Pravitatis Sanctum Officium*, hace referencia a varias instituciones dedicadas a la supresión de la herejía en el seno de la Iglesia Católica. La Inquisición medieval, de la que derivan todas las demás, fue fundada en 1184 en la zona de Languedoc (en el sur de Francia) para combatir la herejía de los cátaros o albigenses. El IV Concilio de Letrán comenzó en 1215 y acabó en 1216. Fue convocado por el papa Inocencio III para tratar temas relativos a la fe y la moral, aunque la mayoría de historiadores apuntan a los intereses políticos y económicos del reino de Francia y del Papado, sobre todo en la condena de las herejías de los albigenses o cátaros y de los valdenses.

grandes ciudades romanas, el analfabetismo es dominante y no solo entre las grandes masas populares, sino incluso entre los nobles. Esta paradójica situación quizás tenga un cierto parangón con nuestra época.

Esta situación duró, en la Europa continental, desde el siglo VI hasta prácticamente la Revolución Francesa en 1789, durante la cual, y como consecuencia de las ideas iluministas que le precedieron, se echaron las bases para el resurgimiento y desarrollo del procedimiento acusatorio y del juicio oral, que ya, en cambio, venía abriéndose paso en Inglaterra a partir de la promulgación de la llamada Carta Magna en 1215 y cuya consagración en las Islas Británicas, se logra después de las revoluciones de 1640 y 1689, gracias al desarrollo del capitalismo, al consiguiente debilitamiento de los estamentos feudales y a la pérdida progresiva de poder terrenal de la Iglesia Romana.

Así, ya a fines del siglo XVIII y principios del XIX, se encuentran perfilados los dos grandes sistemas del enjuiciamiento criminal que, con sus variantes, ha conocido la humanidad.

Sin embargo, hoy no existen en los ordenamientos jurídicos contemporáneos formas puras de estos sistemas y solo puede hablarse de formas mixtas, las que serán catalogadas como acusatorias o inquisitivas en la medida en que recojan mayoritariamente las características de uno u otro sistema.

Ahora bien, como consecuencia irrefrenable del avance de la democratización de las sociedades, con el aumento del papel del llamado factor subjetivo (partidos políticos, sindicatos, organizaciones sociales, etc.) y la cristalización de clases medias fuertes y cultas, para mediados del siglo XX se produce la consolidación definitiva del sistema acusatorio y del juicio oral en las naciones más adelantadas del planeta, y ya para ese momento se presentan claramente definidos los diversos modelos de ordenamientos procesales con predominio del sistema acusatorio que podemos encontrar en la actualidad.

Estos modelos son básicamente dos: los modelos de *oralidad plena*, vigentes fundamentalmente en los naciones del llamado Common Law (Gran Bretaña y Estados Unidos, en particular), en Alemania y los países escandinavos, y el llamado *modelo acusatorio mixto*, establecido en naciones como Francia, Italia, España, Japón, Rusia, los países de Europa oriental y en América Latina que poseen el proceso acusatorio y el juicio oral, tales como Argentina, Guatemala, Costa Rica, México, Cuba y Brasil. Aunque una notable cantidad de autores se refiere a este sistema como «sistema mixto francés», por tener su origen en el *Code d'Instruction Criminale* francés de 1810, elaborado bajo el imperio de Napoleón Bonaparte y por contener una fase sumarial inquisitiva y una fase plenaria de juicio oral, preferimos denominarlo modelo acusatorio mixto, ya que la fase acusatoria, oral y pública determina realmente el curso del proceso y priva sobre el sumario, que solo existe por y para el juicio oral. Por esta razón afirmamos que es un sistema mixto pero con predominio del principio acusatorio.

El sistema llamado de oralidad plena, cuya denominación de manera alguna implica ausencia de escritura, se caracteriza porque la llamada fase preparatoria del juicio oral, es decir, el conjunto de

diligencias que preceden al juicio oral y que tienen por cometido la fijación de la evidencia, la conformación de la acusación, la determinación de si se debe enjuiciar o no, así como la decisión de la situación del procesado hasta y durante el juicio oral, se realiza de manera oral, mediante una o varias audiencias, donde las partes (acusación y acusado y su defensor) ocurren ante un juez de procesamiento o control de la fase preparatoria a fin de exponer sus argumentos y lograr, el enjuiciamiento, en el caso de la acusación, y el sobreseimiento o un enjuiciamiento en libertad en el caso de la defensa. Esto, dicho en palabras más cercanas a nuestro léxico, significa que *la instrucción* se desarrolla de manera mayoritariamente en forma oral. Esto no quiere decir que durante esta fase no existan diligencias escritas, pues los testimonios vertidos ante la policía, los reconocimientos de personas o de objetos y las inspecciones oculares a que hubiere lugar, se recogen por escrito. Sin embargo, es en las audiencias ante el juez de procesamiento o ante un llamado «gran jurado» en el sistema norteamericano, donde se evalúan tales declaraciones y evidencias y se determina si son suficientes y eficaces para servir de base a una acusación penal que conduzca al enjuiciamiento del imputado.

Sin embargo, la existencia de un juez de procesamiento (también llamado de control o de garantías), que cubre la fase preparatoria en los sistemas de oralidad plena, en modo alguno debe confundirse con el juez de instrucción clásico francés, pues el juez de procesamiento o de control no instruye, es decir, no practica por sí mismo las diligencias de investigación, sino solamente supervisa el cumplimiento de la legalidad en el proceso, y muy especialmente en lo que se refiere a los derechos del procesado y a la observancia de las reglas del debido proceso *(due process of law)*, en el desarrollo de la fase preparatoria.

En el sistema norteamericano, por ejemplo, una vez que se ha detenido a una persona, bien por un hecho *flagrante* o como el resultado de una orden judicial de detención librada en vista de una evidencia razonable que le compromete (*probable cause*), esta persona deberá ser presentada ante un juez o un gran jurado, junto con la evidencia incriminatoria y un proyecto de acusación que contenga una somera descripción del hecho imputado y su calificación jurídica (cargos). Dicho juez o gran jurado, una vez oídos el fiscal, el defensor y el propio imputado, decidirá si procede el enjuiciamiento y cuál debe ser la situación procesal del acusado hasta y durante el juicio. En caso de decidirse el enjuiciamiento, se señalará la fecha para el comienzo de las audiencias para la integración del jurado, en las cuales las partes podrán comprobar la imparcialidad de los candidatos a miembros de ese órgano. En el lapso que media entre la celebración de la primera audiencia preliminar y el comienzo del juicio oral propiamente dicho, las partes podrán solicitar se practiquen experticias u otras diligencias, tanto de cargo como de descargo, cuyos resultados, empero, deberán ser mostrados o reproducidos en el juicio oral.

En este sistema no existe el llamado *secreto sumarial*, entendido como la reserva u ocultamiento del curso del proceso y del resultado de las diligencias de investigación para el acusado

y su defensor, los cuales deben tener pleno acceso a todas las incidencias del proceso desde el momento mismo en que se produce el primer acto incriminatorio o imputatorio, pues como se recordará, en los países anglosajones, y sobre todo en los Estados Unidos, cuando se detiene a una persona, de conformidad con una disposición constitucional[5], se le deben leer sus derechos, entre los cuales se encuentran el derecho a permanecer callado y el derecho a nombrar un abogado o a que el Estado le designe uno para que le asista desde ese mismo momento. Por tanto, la inexistencia de secreto sumarial en ese sistema no implica que las diligencias del proceso sean públicas *erga omnes* y que la prensa, por ejemplo, pueda asistir a reconocimientos de personas, reconstrucciones del hecho, interrogatorios, etc.

Finalmente, al iniciarse el juicio oral propiamente dicho, la acusación procederá a presentar formalmente su caso, en forma oral, mediante un discurso, llamado discurso de apertura o alegato inicial, que deberá dirigir al juez y al jurado designado. Después el acto proseguirá con los alegatos en contrario de la defensa, tras lo cual comenzará la práctica de la prueba, la declaración del acusado (*defendant*) si lo solicitare, y al final, los informes orales conclusivos o discursos de cierre de las partes.

Es bueno señalar que tanto en la primera audiencia preliminar como al inicio del juicio oral, el juez preguntará al imputado si se declara inocente o culpable. En caso de que se declarase inocente, el proceso continuará su curso, pero si se declarare culpable, tal declaración equivale a un veredicto de culpabilidad emitida en juicio y por tanto no habrá tal y el juez pasará a dictar sentencia imponiendo la sanción que en derecho considere procedente. *Confession is a trial of God*[6], dicen los angloparlantes.

Es necesario aclarar que los anglosajones confieren un efecto pleno solo a este tipo de confesión que produce el acusado en una audiencia pública ante un juez, de manera absolutamente espontánea, asistido de su defensor, en presencia de los representantes de la acusación, de sus propios familiares y de la opinión pública en general. Generalmente, al comienzo del juicio oral, y en otros casos aun antes, en la primera audiencia preliminar, el Juez suele preguntar al acusado cómo se declara: culpable o inocente (*plea guilty*). En este estado, el Juez acostumbra a preguntar al acusado si comprende efectivamente el alcance de su declaración y le aclara que si se confiesa culpable, el juzgamiento habrá terminado y no habrá debate, por lo que será sentenciado de inmediato. Así las cosas, el acusado tiene derecho a consultar brevemente con su defensor, y si finalmente ratifica su autoinculpatoria, el Juez pasa a dictar de inmediato la sentencia o fijará una audiencia posterior para

[5] .- En los Estados Unidos se trata de la V Enmienda Constitucional, uno de los más formidables enunciados en materia de derechos individuales que ha conocido la humanidad. Esta Enmienda fue posteriormente complementada por la XIV Enmienda y por la llamada Enmienda Miranda, que establece la lectura obligatoria de sus derechos procesales a las personas aprehendidas por las autoridades de policía.

[6] .- Literalmente en inglés: «La confesión es un juicio de Dios».

dictarla y hacerla de público conocimiento. Si por el contrario, el acusado se declara inocente, el proceso seguirá su curso hacia el juicio oral y el acusado quedará sometido a sus resultas.

También es bueno destacar, que la evolución del sistema de enjuiciar anglosajón, en las particulares condiciones de los Estados Unidos de América, ha introducido algunas importantes modificaciones al sistema heredado de Inglaterra. Una de ellas es, precisamente, el que la pregunta de si se considera culpable o inocente sea hecha al imputado en las audiencias preliminares y no al inicio del juicio oral, pues así se evitan los afanosos y cuantiosos trámites de designación de los jurados, que en los EE.UU. han alcanzado montos considerables, que deben ser satisfechos por el erario público, con el consiguiente aumento del costo de la justicia para los contribuyentes.

Asimismo, y en similares circunstancias procesales, el sistema norteamericano permite determinados arreglos entre la fiscalía y el acusado (*plea bargaining*). En tales casos, el imputado, asistido por su defensor, reconoce su responsabilidad a cambio de que se le atenúen los cargos y se le imponga una sanción más benigna que la originalmente solicitada. Es necesario aclarar que esta posibilidad de composición procesal es más amplia en Estados Unidos que en ningún otro país del planeta, pues se extiende incluso a delitos contra la propiedad, fraudes contra el fisco, espionaje y estafas de gran cuantía, que serían indisponibles por los particulares en la mayoría de las naciones y que allí se transan a cambio de penas menores y, por supuesto, de la debida indemnización restitutoria, compensatoria, en su caso, e indemnizatoria, quedando fuera de esta posibilidad, como regla general mínima, los delitos contra la vida, aun cuando en ciertos Estados de la Unión también es posible negociar sobre ese punto.

Pero nótese que aquí se trata de acuerdos entre el Estado acusador y el imputado y no de acuerdos reparatorios entre la víctima y el imputado a fin de que este último proceda a reparar el daño causado por su acción delictiva. Más bien por el contrario, los arreglos dimanantes del *plea bargaining* son, por lo general, contrarios al interés de la víctima, la cual no tiene ninguna participación en el proceso penal norteamericano.

El sistema alemán y el que rige en países escandinavos como Suecia y Noruega, se desarrolla sobre pautas más o menos parecidas a las que rigen el sistema anglosajón, aun cuando con la menor flexibilidad que entraña todo el derecho continental europeo respecto del sistema legal anglosajón. Por lo común, en Alemania, Austria, Suiza, Noruega, Suecia, Dinamarca y Finlandia, el juzgamiento se produce bien por tribunales colegiados de profesionales o por tribunales mixtos, y la participación popular en la administración de justicia se verifica, en los casos permitidos por la ley, a través de jueces legos o escabinos, que son ciudadanos comunes elegidos para integrar tribunales mixtos con jueces profesionales (jurados escabinados). Igualmente, a diferencia del sistema anglosajón, el grado de escritura en los procesos es mucho mayor en los países germánicos y escandinavos, pues las diligencias preliminares (de instrucción) y las actas de acusación y de descargo (demanda y contestación penales), se realizan por escrito. Finalmente, también puede anotarse como diferencia

entre estos sistemas, la mayor influencia del Estado y la policía en la formación de la imputación, pues mientras en Estados Unidos y Gran Bretaña los fiscales son, por regla general, electos directamente por el pueblo, en los países germánicos y escandinavos son designados verticalmente por los Procuradores o Fiscales Generales del Estado, Nación, Reino o República, según se trate, lo cual supone una mediación del gobierno entre el verdadero sujeto de la pretensión pública punitiva (el pueblo) y su titular formal o efectivo (el fiscal).

El sistema mixto seguido, como ya se dijo, por países como España, Francia, Italia, Rusia, Cuba, etc., se caracteriza por contar con una fase preparatoria totalmente escrita y caracterizada por el llamado secreto sumarial, total o parcial, pues las diligencias realizadas para obtener evidencia contra el imputado no le son accesibles a él ni a su defensor hasta tanto no se dicte en su contra medida de enjuiciamiento efectivo (auto de procesamiento), que prácticamente equivale a una declaración previa de culpabilidad. El acusado y su abogado no pueden influir en lo más mínimo en esta decisión, como sí ocurre en los sistemas llamados de oralidad plena. Ésta es la primera gran diferencia en los sistemas de instrucción escrita y los sistemas de instrucción oral o los que carecen en absoluto de instrucción.

En el sistema acusatorio mixto, de instrucción escrita y secreta, la investigación es dirigida por un juez de instrucción *(juge d'instruction),* instructor especial *(Untersuchungsrichter),* o instructor policial *(sledobatel),* el cual, luego de declarar abierta la fase preparatoria mediante un auto de proceder u orden de inicio de la investigación, bien sea en razón de un portador cualquiera de la *notitia criminis* (denuncia, querella, parte policial, etc.) o por aprehensión repentina de alguna persona en flagrancia *(*delito *in fraganti*), puede ordenar detenciones, tomar o hacer tomar declaración indagatoria al indiciado y decidir su situación procesal durante el enjuiciamiento, recibir declaraciones informativas a los testigos, ordenar las experticias (peritajes), reconocimientos e inspecciones oculares que considerare necesarios; tras lo cual determinará si debe declarar no haber razones para proceder y decretar el sobreseimiento, o si por el contrario, debe declarar completa la investigación y pasar el expediente al fiscal o procurador para la formulación de la acusación. Es solo en este último caso, que el proceso se hace público y las actuaciones accesibles para el acusado y su defensor, cesando de esa manera el secreto sumarial. Hasta aquí, el íter de este tipo de procedimiento es equivalente al proceso inquisitivo y de ahí sus inconvenientes.

La institución del juez de instrucción no existe en los Estados Unidos ni en los países que aplican el sistema de la oralidad plena, con instrucción abierta y pública, ¿por qué?

> Podría contestar a esta pregunta –nos dice el eminente jurista norteamericano Lon L. Fuller– recordando sencillamente la experiencia europea y citando a un observador francés, el cual hizo notar que, en los casos en que el juez de instrucción llega a la conclusión de que no debe proseguir la instrucción y cierra el sumario, suele firmar los documentos necesarios con un

> matiz de disgusto. La experiencia europea indica además que hay intereses políticos frecuentemente en las acusaciones criminales y que conviene, para evitar abusos, que todos los hechos relativos al crimen sean juzgados en tribunales públicos.[7]

Como ya se ha dicho, en el procedimiento mixto acusatorio, luego de la formulación de cargos por escrito y de la notificación de éstos al acusado, es que se produce el señalamiento de la fecha del inicio del juicio oral, en el que deberán reproducirse y someterse a crítica las evidencias recabadas durante la instrucción, lo cual atenúa los señalados efectos negativos de la instrucción secreta e inquisitiva.

Por estas razones, al abocarnos al estudio del sistema acusatorio y del juicio oral, como fundamentos esenciales del procedimiento penal venezolano, no podemos olvidar ni por un instante, que el desarrollo histórico de los pueblos nos ha traído consigo variados modelos de tratamiento del sistema acusatorio, que presentan, en ocasiones, marcadas diferencias unos de otros, en la misma medida en que conjugan o combinan los elementos de ambos sistemas de enjuiciar, habida cuenta de dos razones fundamentales: primera, que hoy día no hay sistema procesalmente puro ni en uno ni en otro sentido, sino solo sistemas mixtos con predominio de rasgos acusatorios, fundamentalmente caracterizados por tener como colofón un juicio oral y público; y segunda, que el sistema inquisitivo ha sido considerado siempre como más apropiado para salvaguardar los derechos de la sociedad desvalida frente al delincuente embozado, sobre todo por su proclividad al secreto sumarial y a la reserva de pruebas, con olvido absoluto de que todo acusado no tiene por qué ser necesariamente culpable, en tanto que el acusatorio parte del principio generalizado de la presunción de inocencia y por tanto del juzgamiento en libertad, sin considerar la real existencia de delincuentes contumaces. De ahí la necesidad práctica de combinar, en cada país o Estado en grado distinto según su historia, los elementos de ambos sistemas.

4.- EL SISTEMA ACUSATORIO Y EL JUICIO ORAL COMO COLOFONES DE LA EVOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Quién de nosotros no ha escuchado alguna vez la afirmación de que «las instituciones no son malas ni buenas, sino que su destino depende de los hombres que las aplican o manejan».

Esta aseveración, desde el punto de vista estrictamente filosófico, puede analizarse en dos sentidos diametralmente opuestos. Si por una parte, se asume la concepción idealista kantiano-kelseniana que nos muestra a las instituciones políticas, sociales y jurídicas como entes situados fuera de la realidad social, como productos apriorísticos del pensamiento, entonces tendremos que concluir

[7].- Véase: FULLER, Lon L.: "Sistema de partes adversas", en el libro *Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos.* Compilación por Harold J. BERMAN, Editorial Letras, S.A., México, 1965.

que, efectivamente tienen razón los que consideran que la forma de las instituciones no es primordial y que lo que importa es el uso que los hombres hagan de ellas. Pero si, por el contrario, asumimos la concepción materialista y realista que enseña que las instituciones, como todo aquello que es parte de la conciencia social, es decir, de la visión del mundo que los hombres tienen en cada momento histórico concreto, son el producto de sus condiciones materiales y socioculturales de existencia, tendremos que concluir que cada institución es creada y mantenida en razón de una necesidad objetiva de la sociedad que las engendra y, por tanto, una vez agotadas o superadas esas necesidades, no sin lucha por cierto, la institución en cuestión deja de ser útil, y más aun, se convierte en un sólido obstáculo que hay que derribar, tanto en la mente de los seres humanos como en la realidad exterior, para abrir paso a las nuevas ideas y con ellas a las nuevas instituciones.

Éste es el caso del sistema inquisitivo y del sistema acusatorio. Creo haber expuesto en la primera parte de esta obra, en apretada síntesis, la evolución histórica de ambos sistemas: uno, el acusatorio, vinculado a los momentos más altos y brillantes de la cultura humana; el otro, el inquisitivo, vinculado a las épocas más oscuras vividas por nuestro género.

No puedo creer seriamente que haya personas doctas y cultas que, en atención solamente al contenido del adagio «verba volant»[8] y sobre la base de una presunta eficacia persecutoria del llamado sistema inquisitivo, sean capaces de defender la supervivencia de este último, a sabiendas de que fue creado para castrar el entendimiento humano y que su nombre se debe a una de las instituciones más perversas que han existido en la Historia: el Tribunal del Santo Oficio o Tribunal de la Inquisición.

El modo inquisitivo de juzgar, por sus características está concebido para aterrorizar y no para buscar verdades objetivas. Por esta razón es afin a los regímenes antidemocráticos y su supervivencia, en las naciones que gozan de un cierto grado de democracia política se debe ante todo a las propias rémoras autoritarias en que perviven en seno de esas la sociedades, tales como un deficiente grado de democracia económica, preponderancia de la pobreza y el analfabetismo, democracia política formal que adolece de verdadera participación popular, prevalencia de exorbitantes poderes de los cuerpos militares y policiales en etrimento del poder civil, o quizás sea mejor decir del estamento político, que vive bajo temor permanente al cuartelazo o golpe militar. Y así sucesivamente.

Por estas razones, mis queridos lectores, no puedo estar de acuerdo en que el sistema inquisitivo como forma de enjuiciamiento penal sea superior o igual al sistema acusatorio. La verdad sea dicha, la implantación del sistema acusatorio, y mientras más pleno mejor, es un indicador fundamental del grado de madurez de los pueblos y de su desarrollo democrático. Por eso la repercusión social de la revolución que implica la adopción del sistema acusatorio, rebasa con mucho los marcos de la Ciencia del Derecho Procesal, para convertirse en objeto de estudio de la Ciencia

[8] .- Literalmente del latín: “la palabra es efímera”.

Política y la Filosofía, ya que se trata de un tema tocante a aspectos tan fundamentales y esenciales de la vida en sociedad como son la democracia y la libertad.

5.- EL PROCESO PENAL Y EL ORDEN POLÍTICO-SOCIAL. PROCESO PENAL Y DERECHOS HUMANOS

La relación entre sistemas de enjuiciar y democracia no ha sido nunca ni simple ni automática, pues si bien como regla general, históricamente a más democracia han correspondido mayores garantías procesales, sobre esta relación influyen también las tradiciones de los pueblos, los mecanismos concretos de ejercicio del poder, la mayor o menor experiencia que posean las clases dominantes para realizar cambios cosméticos en el sistema político con la finalidad de que nada cambie en el fondo, así como el poder real de las fuerzas del cambio social para imponer transformaciones sustanciales y, en fin, la correlación verdadera de fuerzas políticas en la sociedad.

Así, en países donde por siglos ha imperado el sistema inquisitivo, el advenimiento de regímenes de democracia formal, que no alcanza a superar el sistema de enjuiciamiento vigente, introduce, empero, modificaciones en aquél, ya sea por vía legislativa o por el cambio de actitud de los juzgadores, que suelen suavizar o atenuar el rigor extremo del sistema inquisitivo.

Por el contrario, en países de larga tradición acusatoria, la llegada al poder de regímenes totalitarios suele menguar grandemente la eficacia y la ductilidad del sistema de enjuiciar. En estos casos, tales regímenes casi nunca recurren al expediente de modificar la legislación vigente para disminuir de manera evidente las garantías procesales, sino que, generalmente, tratan de socavar las garantías del derecho a la defensa, sobre todo de las personas enjuiciadas por enfrentar al régimen, mediante el sencillo procedimiento de amedrentar a sus abogados defensores, reales o potenciales, o mediante la creación de tribunales de excepción que quebrantan flagrantemente el principio del juez natural.

A esta circunstancia no escapan ni siquiera las naciones más democráticas y tolerantes de la Tierra. Como ejemplo baste recordar la sensible disminución de las garantías procesales de las personas juzgadas en los Estados Unidos de América durante los años de la «guerra fría» y del «macarthysmo», como ocurrió en los célebres procesos de los esposos Rosenberg y de los «Diez de Hollywood»[9].

---

[9] .- En los Estados Unidos, entre 1946 y 1953, el senador Joseph R. McCarthy, al frente del Comité para la investigación y represión de actividades antinorteamericanas del Senado, asistido por el entonces senador Richard M. Nixon, desató una verdadera cacería de brujas contra reales o supuestos comunistas y colaboradores de la Unión Soviética en los Estados Unidos. Como resultado de esa situación, los esposos Julius y Ethel Rosenberg, de profesión físicos nucleares, fueron acusados, juzgados y condenados a muerte, supuestamente por haber entregado al dictador soviético José Stalin, el secreto de la bomba atómica, que hasta ese momento sólo poseían los EE.UU. Este proceso, conocido como Operación Alexa, ha sido mostrado por la izquierda universal como una verdadera mácula del sistema judicial norteamericano, sobre todo porque

Los casos antes señalados evidencian restricciones de los derechos y garantías de las personas en el marco del proceso penal legal, es decir de aquel que está expresamente consagrado en la legislación positiva, por lo cual tal fenómeno no deja de ser aborrecible. Pero la más perniciosa de las desviaciones que puede presentarse en el campo procesal penal de una sociedad cualquiera, es la existencia de alguna forma de proceso penal extralegal e incluso ilegal. Se trata de la institucionalización de las detenciones arbitrarias, de los registros ilegales, del uso de la tortura y de los vejámenes, físicos y psíquicos, contra acusados y testigos, así como la existencia de desapariciones de personas y ejecuciones ilegales o extrajudiciales.

En los marcos de un verdadero Estado de Derecho y de una verdadera democracia, tales prácticas son absolutamente inadmisibles y la lucha contra la delincuencia desbordada no puede servir de argumento para su existencia. Como expresamos al inicio de este capítulo, el proceso penal, para ser sano y cumplir debidamente sus fines, no puede menos que desarrollarse con estricto apego a la ley.

Es por esta razón, que aquellas acciones que conforman lo que hemos dado en llamar "la violencia negra del Estado" siempre serán objeto de recriminación. Se trata de las medidas excepcionales y extremas que adoptan casi todos los Estados democráticos del mundo, como parte de una política institucional y no como iniciativa de funcionarios aislados, para combatir ciertas formas de delincuencia desbordada y artera, con las que resulta muy difícil lidiar por medios ortodoxos. Tal es el caso del uso de escuadrones de la muerte, del secuestro y desaparición de delincuentes, la extracción clandestina y forzada de algunos de ellos del territorio de otros países a fin de juzgarlos en casa, sin pasar por los procedimientos de extradición. Los ejemplos en este punto son miles, y entre los más notorios tenemos, el secuestro de Adolf Eichman en Argentina por la policía secreta israelí para juzgarlo en Israel; la sustracción del líder kurdo Abdullah Okhalam por el gobierno turco, desde Italia para juzgarlo en Turquía; la desaparición sin rastros del mafioso Jimmy Hoffa, hecho probablemente realizado por el FBI; y el sonado caso GAL (Grupos Antiterroristas de Liberación), que consistió en acciones de inteligencia del gobierno español para hacer secuestrar a miembros de la banda terrorista ETA residentes en Francia y llevarlos a España para ser juzgados o para hacerlosdesaparecer[10]. En estos casos el Estado democrático, para luchar contra poderosas formas de

---

la prueba en el mismo fue absolutamente inidónea y porque el Juez actuante, Irwing Kauffman, fue luego nombrado Magistrado de la Suprema Corte como premio a su conducta como celoso defensor del sistema. En esa época se siguió también el escandaloso proceso contra diez conocidas personalidades del cine, entre las que se encontraban Charles Chaplin, John Howard Lawson, Orson Wells y otros, quienes tuvieron que abandonar los Estados Unidos al ser acusados por McCarthy de ser «agentes soviéticos». El delator de estas personas fue un oscuro y mediocre actor llamado Ronald Reagan, devenido luego en eficiente líder de la derecha norteamericana y Presidente de los Estados Unidos.

[10] .- En este marco se inscribe la aparición del llamado Grupo "Exterminio", formado por policías del Estado Portuguesa, en Venezuela, que se dieron a la supuesta tarea de "eliminar delincuentes", so pretexto de la inoperancia del Código Orgánico Procesal Penal, y que, en realidad, se dedicaban a la extorsión y al asesinato por encargo. El caso del Grupo "Exterminio" no es más que una de las tantas manifestaciones de la reacción

la delincuencia organizada respecto de las cuales las formas legales vigentes se muestran insuficientes, se ve ante la terrible alternativa de escoger entre el estado de excepción y este tipo de acciones. Pero este proceder tiene como inconveniente el que bajo esas coberturas se cometen muchas atrocidades, como lo demuestra el caso GAL en España, donde los secuestradores se equivocaron de persona y secuestraron a un músico sexagenario que nada tenía que ver con los terroristas vascos y pusieron en grave riesgo su vida.

No por gusto se ha desarrollado un consenso internacional en el sentido de prevenir y prohibir estas conductas que, en ocasiones adoptan la forma de política de Estado y no en vano han surgido las organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, cuya principal función es la de ejercer vigilancia en esa materia, tanto sobre las conductas violatorias aisladas como sobre las violaciones institucionales, habida cuenta que la parte más sustancial de la defensa de los derechos humanos, es decir, la defensa del derecho a la vida, a la libertad y a la dignidad, se verifica en el campo del proceso penal.

CAPÍTULO II
EL DERECHO PROCESAL PENAL: ÁMBITO Y CONTENIDO

1.- CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL.

El Derecho procesal penal es la rama del Derecho que tiene por objeto el estudio del conjunto de normas y principios jurídicos que regulan el proceso penal. La anterior definición comporta ya de suyo algunas reflexiones.

En primer lugar, se afirma que el Derecho procesal penal es una rama del Derecho. En este sentido, es menester recordar que una rama del derecho es un conjunto de instituciones, normas y principios jurídicos que regulan el tratamiento de un determinado segmento de la vida social, con un método determinado, unos sujetos propios y fuentes propias. Así al igual que existen el Derecho Civil como expresión jurídica del desenvolvimiento patrimonial de los ciudadanos; el Derecho de Familia que recoge las manifestaciones jurídicas de las relaciones familiares; el Derecho Penal, que refleja las respuestas normativas que la sociedad confiere al fenómeno delictivo en abstracto; existe también

---

policial ante el hecho de que se le privara del control del proceso penal en Venezuela, mediante la instauración del sistema acusatorio.

el Derecho procesal penal, que recoge las manifestaciones jurídicas de la sociedad frente a los hechos concretos que revisten caracteres de delito.

El Derecho procesal penal tiene pues un objeto específico de extraordinaria relevancia social, como lo es el proceso penal. Tiene también un método esencialmente deductivo, que parte de lo particular, el hecho investigado y juzgado, para arribar, por vía de las decisiones judiciales, al modelo general de orden jurídico-penal que debe prevalecer en una sociedad determinada. Además de ello, el Derecho procesal penal abarca, no solo las normas típicamente procedimentales. Es decir, aquellas que establecen las formas, los requisitos y la secuencia de los actos procesales, sino también normas generales o institucionales, típicas del proceso penal, que perfilan el carácter sistémico de esta disciplina, así como sus principios ínsitos, que dimanan de la naturaleza misma del proceso penal en un momento histórico concreto, tales como las relativas a la acción penal y sus titulares, las pruebas que se consideran legales y aquellas en que puede basarse la sentencia, etc.

A.- CARÁCTER CIENTÍFICO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

La utilidad de la anterior definición está en relación directamente proporcional a la consideración que hagamos respecto a si el Derecho procesal penal es realmente o no una ciencia. De ello dependerá nuestra actitud frente al conocimiento que nos aporta el estudio del proceso penal y sus instituciones, para valorar si se trata de un conocimiento meramente descriptivo y circunstancial o si por el contrario es un conocimiento valorativo de relaciones estables y regulares, susceptible de pronóstico y comprobación.

No es un secreto para los iniciados en los estudios de Derecho, que un sector importantísimo de la doctrina iusfilosófica y de la Teoría del Derecho,[11] de orientación kantiana o estrictamente positivista, es contraria a concederle al Derecho el carácter de ciencia, al tiempo que le considera solo como objeto de la Filosofía del Derecho. Por supuesto, no hablamos del Derecho como mero conjunto de normas jurídicas de diversa fuente, sino al conjunto de conocimientos y principios sistematizados que informan los procesos de concepción, interpretación y aplicación de esas normas.

El fundamento de la negación del carácter científico del Derecho por parte de tan importantes pensadores como Kelsen o Dell Vecchio, consiste en la visión limitada y estrecha de estos estudiosos respecto del derecho como fenómeno social. El sustrato común de todas las visiones del derecho que niegan la posibilidad de una verdadera ciencia del Derecho presenta al fenómeno jurídico como el resultado fundamental de la voluntad humana, ajeno a condicionamientos sociales y por ello intentan

[11] .- En esta corriente se inscriben autores tan importantes como Rudolf von Ihering, Georg Jellinek, Rudolf Stammler, Gustav Radbruch, Giorgio Dell Vecchio, Hans Kelsen y Adolf Merkl, entre los europeos y Carlos Cossio, Eduardo García Máynez, Luis Recaséns Siches, Abelardo Torré y Miguel Villorio Toranzo, entre los latinoamericanos.

explicarlo a partir solo de sí mismo y sin vinculaciones con la realidad social. Los pensadores marxistas y socialistas en general, opinan que esa elusión del analisis de las raices sociales del derecho se debe al interés que tienen los pensadores "burgueses" y proclives a la propiedad privada, en justificar las desigualdades sociales.

En realidad, la relación entre Filosofía del Derecho y Ciencia del Derecho es un tema recurrente entre los estudiosos del Derecho. Ante todo, es necesario distinguir entre estos dos conceptos a fin de poder fijar posición al respecto, habida cuenta que no abrigamos duda alguna acerca del carácter científico de las disciplinas que estudian el fenómeno jurídico-normativo (Derecho positivo), tanto en su aspecto lógico-formal, como en su etiología.

Si denominamos «ciencia del derecho» a la disciplina científica que tiene como objeto al Derecho como un todo y cuyo contenido o finalidad es poner de manifiesto sus relaciones y características más generales, entonces tal denominación sería equivalente a la de «Teoría general del Derecho», pues hoy, habiendo entrado al siglo XXI resulta evidente que no existe una sola y única ciencia del Derecho, sino múltiples disciplinas científicas que estudian este objeto complejo, no solo en sus manifestaciones más generales, sino en sus expresiones más particulares. Al respecto basta solo recordar cómo en mucho menos de un siglo (1860-1940) aquella mera descripción de las actuaciones procesales que conocíamos como «práctica forense» pasó a convertirse en una muy fructífera «ciencia del derecho procesal» gracias a los trabajos invaluables de von Bulöw, Winscheid, Goldschmidt, Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Prieto Castro, Manresa, Guasp, Couture, Alsina y otros.

Así, entre las ciencias jurídicas generales tenemos: la Teoría general del Derecho, que se ocupa de temas como la estructura y clasificación de las normas jurídicas, la codificación, las ramas del Derecho, la interpretación, etc.; la Historia del Derecho, que tiene por objeto la evolución histórica del fenómeno jurídico y el estudio de las manifestaciones histórico-concretas de las instituciones jurídicas; la sociología jurídica, que estudia los condicionamientos sociales del derecho; y la Filosofía del Derecho, que como ya se ha dicho, se ocupa del estudio del Derecho «como un todo», su porqué más general, su papel en la vida del hombre individualmente considerado y la sociedad toda y su capacidad para satisfacer las demandas de la convivencia social.

Junto a estas disciplinas generales tenemos el gran conjunto de las ciencias jurídicas particulares cuyo objeto lo constituyen las formas concretas de manifestarse el fenómeno jurídico normativo en las distintas esferas de la vida social (la familia, la Administración Pública, la industria, el comercio, el patrimonio, etc.). En este punto es curioso acotar en abono de la comprensión materialista del Derecho, que la división de éste en ramas, según objetos de la realidad exterior al pensamiento, como los que hemos apuntado y, consecuentemente, la aparición de disciplinas jurídicas especializadas, es quizás la mejor prueba de tal concepción.

Si por otra parte asumimos que la denominación de «ciencia jurídica» se refiere a toda disciplina que de una manera u otra esté dedicada al conocimiento del Derecho, entonces es plenamente válida esta acepción a los efectos de mi exposición, pues de lo que se trata es de poner de manifiesto la relación entre la Filosofía del Derecho y las diversas ciencias jurídicas, generales o particulares, en el entendido de que la propia Filosofía del Derecho es una ciencia jurídica.

Fue el iusfilósofo neokantiano Rudolf Stammler[12] quien fijó con mayor precisión el objeto general de la Filosofía del Derecho, centrándolo en dos cuestiones concretas: el «concepto» de derecho y la «idea» del derecho, pero resulta indiscutible, al menos desde mi punto de vista, que solo podemos acceder a un «concepto de derecho» y a una «idea del derecho» a partir del objeto mismo, o sea del derecho, percibido directamente de la realidad a través de la experiencia, así como también a través de los conceptos elaborados por las distintas disciplinas que se dedican a su estudio.

No basta entonces una determinación eterna o dada para siempre de la ontología del derecho. El cometido de la Filosofía del Derecho no puede ser reducido únicamente a ese punto. Ello sería limitar la más general y elevada de las intelecciones acerca del fenómeno jurídico a un papel eminentemente contemplativo y metafísico, convirtiendo a la Filosofía del Derecho en una disciplina inútil y estéril, que solo serviría para justificar el salario de profesores platónicos que nunca han pisado un tribunal o una notaría.

En realidad, y como lo ha subrayado el profesor y ex magistrado Delgado Ocando, la verdadera misión de la Filosofía del Derecho no es solamente gnoseológica y metodológica, sino además directiva y formativa.[13] El concepto y la idea de derecho que definamos debe ser un norte permanente para buscar aquello que Stammler llamó «el derecho justo» y para realizar la crítica permanente y activa del Derecho positivo.

Si la función de las restantes ciencias jurídicas es estudiar y explicar los nexos externos del fenómeno jurídico, la Filosofía del Derecho tiene como misión determinar los aspectos esenciales y substanciales de dicho fenómeno, su ser más íntimo. Por ello a las ciencias jurídicas particulares atañe la validez formal del derecho, al tiempo que a la Filosofía del Derecho le importa básicamente la validez intrínseca del Derecho.

Así por ejemplo, la interpretación del Derecho concierne a la Teoría general del Derecho en cuanto a su definición general como método para determinar el alcance y sentido de las normas

---

[12] .- RUDOLPH STAMMLER (1856-1938). Jurista alemán y destacado filósofo del derecho. De orientación neokantiana, da autonomía al concepto de derecho y lo distingue de los conceptos de economía y sociedad, para distanciarse de la Escuela Histórica y del materialismo histórico, pues a su juicio no hay una relación de causa-efecto entre economía y derecho. Sus obras más importantes son La teoría del derecho justo (1902), La escuela histórica del derecho (1908) y Tratado de filosofía del derecho (1930).

[13] .- Ver: DELGADO OCANDO, José Manuel: *Hipótesis para una Filosofía Antihegemónica del Derecho y del Estado*. LUZ, Maracaibo, 1978, págs. 16, 19 y 70. Hay que destacar que Delagado Ocando tuvo una notable participación en el proceso de desformalización del derecho venezolano, durante su permanencia en la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en aquella primera etapa (2000-2004), que luego se tradujo en su némesis.

jurídicas. También es materia de la Teoría general del Derecho, la clasificación de los modos de interpretación según el alcance, el método o el intérprete. Pero la interpretación concierne igualmente a la Filosofía del Derecho en cuanto al método racional crítico del Derecho positivo, inevitable e ineludible por demás. La Filosofía del Derecho debe establecer la eficacia de la interpretación como medio de acercamiento a un «ideal» o a la «necesidad que emana de la naturaleza de las cosas», según la postura de partidismo filosófico que adoptemos. En fin, la Filosofía del Derecho se ocupa de la interpretación del Derecho en tanto método cognoscitivo.

La ciencia del Derecho procesal, y más concretamente la del Derecho procesal civil, ha desarrollado toda una teoría de la prueba en los procedimientos judiciales, pero las ciencias procesales se limitan a determinar la admisibilidad y la eficacia jurídica de tal o cual medio de prueba. La Filosofía del Derecho, en cambio, aborda el problema de la prueba en el Derecho mucho más allá de su connotación para un proceso concreto, es decir, en su dimensión más elevada de manifestación cognoscitiva. Por esta razón, cuando el inconmensurable Francesco Carnelutti aborda la finalidad última de la prueba en su obra *La Prueba Civil*, rebasa con mucho los marcos de la ciencia procesal para internarse en el campo de lo filosófico. Y es que las dificultades cognoscitivas en el proceso son de tal naturaleza, que la inmensa mayoría de los ordena-mientos jurídicos ha optado por el principio de la verdad formal en lugar del principio de la verdad material, y en ese porqué hay un enorme filón para la Filosofía del Derecho .

Lo mismo ocurre con cualquier institución jurídica. A un tiempo puede ser y es objeto de una ciencia jurídica general o particular y también objeto de la Filosofía del Derecho. Así, por ejemplo, la pena de muerte es un tema de la teoría de las sanciones dentro de la ciencia del Derecho penal, por lo que respecta a la determinación de las condiciones concretas en que puede ser impuesta tan severa sanción, la forma en que debe ejecutarse, etc. A la criminología corresponde valorar la eficacia de la pena de muerte como castigo. Pero a la Filosofía del Derecho le concierne precisar la relación de tan extrema sanción con el sentido de la vida misma. Sarcásticamente puedo asegurar, sobre la base de experiencias personales, que la pena de muerte transforma en filósofo al más ignorante de los criminales, sobre todo en el lapso de espera de la ejecución.

La Filosofía del Derecho es, en resumen, la verdadera disciplina del «deber ser» jurídico, en tanto que las demás ciencias jurídicas lo son del derecho que «es» o que «ha sido». Y si el proceso penal es el objeto mismo del Derecho procesal penal y, como hemos visto en el capítulo anterior, el proceso penal es un hecho eminentemente social, en torno al cual se mueven diversos tipos de relaciones sociales, políticas y económicas, entonces el contenido esencial del Derecho procesal penal está directamente relacionado con la realidad social.

Al estudiar la forma del proceso penal, sus condicionamientos sociales, sus relaciones con las formaciones político-sociales, el Derecho procesal penal ha servido para descubrir la esencia de los sistemas históricos de juzgamiento penal (acusatorio e inquisitivo) y para determinar el alcance de

las instituciones y principios procesales bajo uno y otro y con relación a los diversos regímenes políticos. En ello radica el carácter científico del Derecho procesal penal.

Si el Derecho procesal penal se limitara exclusivamente a la descripción de las formas y trámites procesales, como lo hacía la vieja disciplina denominada «práctica forense», entonces nada se habría avanzado desde Beccaria hasta aquí. No habrían surgido las nociones de jurisdicción y competencia, de sujetos procesales, de continencia de la causa, de presunción de inocencia, etc. El Derecho procesal penal moderno, al estudiar las relaciones entre poder político, el desarrollo social y el proceso penal, sirve para descubrir los elementos estables y predecibles de esas relaciones y para diseñar formas procesales cada vez más avanzadas y realistas.

En este proceso se pone de manifiesto el método del Derecho procesal penal, que consiste en el análisis lógico-histórico de las instituciones procesales penales para su interpretación y aplicación a los hechos concretos del proceso penal. De tal manera, el juez, el fiscal, el abogado en ejercicio o el profesor universitario, al enfrentarse a cada caso concreto, real o imaginario, valorará los hechos y examinará las instituciones procesales penales a ellos aplicables, de conformidad con las condiciones sociales y los valores prevalecientes para el momento del análisis, a fin de buscar una solución para el conflicto de que se trate, de conformidad con su respectiva posición en el problema. Al mismo tiempo, de cada caso concreto se extraerán las generalizaciones inevitables que nos dan la medida de la eficacia de las instituciones procesales y que alimentan la teoría, para reflejarse nuevamente en la visión de los casos concretos, y así sucesivamente. De este proceso puede derivarse incluso la superación y cambio legislativo de las formas procesales, una vez que se haga dominante el criterio de la ineficacia de las formas precedentes.

De tal manera, a nadie debe caber duda en cuanto a que el Derecho procesal penal es la ciencia del proceso penal, de sus causas y consecuencias sociales, de su pasado, de su presente y de su futuro.

B.- INSTRUMENTALIDAD Y PRINCIPALIDAD DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

Ha sido un criterio largamente sostenido por un sector mayoritario de la doctrina, el que el Derecho procesal penal tiene un carácter instrumental respecto al derecho penal sustantivo. Y es lógico que así se piense, pues el proceso penal, reglado por el Derecho procesal penal, es la única vía legal y socialmente aceptable para la realización o aplicación del Derecho Penal sustantivo.

Como se sabe, la realización del derecho penal sustantivo o material y más concretamente de los tipos penales solo pude hacerse mediante el enjuiciamiento de la persona imputada y nunca de manera extrajudicial. La aplicación de la sanción penal (pena) es inconcebible fuera del proceso penal. De allí que se diga que el derecho procesal penal es simplemente el instrumento o vehículo para la aplicación del derecho penal material. En este sentido, la diferencia es enorme respecto a la relación que existe entre las normas sustantivas y procesales en cualquier otra rama del derecho. En el caso

del Derecho Procesal Civil, aparte de la naturaleza esencialmente dispositiva del proceso, cuyo destino puede ser arbitrado plenamente por las partes, las relaciones jurídico-civiles de carácter material que pudieran constituir su objeto o *thema decidendum*, pueden recomponerse siempre sin necesidad de acudir jamás a juez alguno, siendo siempre posible, con contadas excepciones atinentes al orden público, el arreglo extrajudicial. El acreedor y el deudor podrán siempre lograr un acuerdo de ese tipo sin pisar jamás un juzgado. lo mismo ocurre en otras ramas del derecho, como lo laboral, lo mercantil, etc.

De tal manera, en el plano de sus existencias recíprocamente dependiente, el Derecho procesal penal puede asumirse como instrumental respecto al Derecho Penal sustantivo, ya que este último no puede ser aplicado legalmente sino de manera exclusiva, a través del proceso penal.

Sin embargo, el proceso penal no se agota en su función de simple cauce para aplicar el Derecho Penal, es decir, para pronunciar una condena, sino que su función va mucho más allá, pues tiene también como misión el tutelar todos los intereses que resultan lesionados como producto de la presunta ocurrencia de un delito, pues siendo su cometido determinar si realmente existe el hecho imputado y si éste verdaderamente constituye delito y si ciertamente las personas imputadas son responsables y en qué medida, es posible arribar a la conclusión de que no hay tal delito o de que los imputados son inocentes, con lo cual se estaría protegiendo, por un lado, a ese inocente de una condena injusta y, por otro lado, a la sociedad, de la injusticia y la infamia. Así las cosas, en los términos de una sociedad democrática que proclame la presunción de inocencia como norte, el Derecho procesal penal cumple una función de protección simultánea de los derechos de la sociedad toda y de las personas involucradas en el proceso penal (imputados y víctimas) individualmente consideradas. En esta última dimensión, el Derecho procesal penal cumple una función principalísima de protección del orden jurídico y en ese sentido tiene un carácter de rama principal y autónoma del derecho.

2.- LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Al abordar el problema de las fuentes del Derecho procesal penal debemos necesariamente tener en cuenta los conceptos de fuentes formales y fuentes materiales del Derecho, desarrollados por la Teoría general del Derecho, pues ellos constituyen el fundamento teórico de toda consideración concerniente al origen y a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en general, y de las normas procesales en particular.

El concepto de fuente está generalmente referido al origen de las normas, a la manifestación cultural concreta de donde puede extraerse una regla general para ser aplicada a unos hechos determinados; sin embargo, es de notar que en el párrafo anterior se hace referencia a las fuentes del Derecho no solo como el punto de origen de las normas, sino también como el punto de origen del

conocimiento que permite interpretar y aplicar las normas jurídicas. De tal forma, el concepto de fuente como mero origen de las reglas de derecho *(rules of law)* resulta estrecho y limitado, y debe extenderse a considerar como fuente del Derecho a todo evento de la vida social del que emanan no solo normas válidas de derecho, sino también principios, definiciones e imperativos que tienen incidencia en la interpretación y la aplicación del Derecho.

A.- FUENTES FORMALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Se denomina fuentes formales del Derecho a la forma externa que reviste la norma según el proceso que le haya dado origen. En este caso nos referimos a la Constitución, la ley, a las normas reglamentarias o sublegales, a la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del Derecho, los tratados, etc. En cada una de estas llamadas fuentes formales, las normas jurídicas son el producto de diferentes formas de procesos de creación y tienen diversos grados de fuerza vinculante dentro de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico.

1.-La Constitución como fuente de Derecho procesal penal

Entre las fuentes formales del Derecho procesal penal, la Constitución es la más importante de todas, por su jerarquía y porque consagra las garantías y derechos fundamentales en materia de libertades ciudadanas, que deben ser observados, preservados y, en ocasiones, derogados de manera singular (respecto de ciudadanos concretos) o de manera general (estados de excepción, suspensión de garantías, etc.).

La Constitución de cualquier Estado recoge un conjunto de preceptos que establecen el deber ser jurídico supremo en materias tales como la detención, el registro domiciliario, la privacidad, el secreto de las comunicaciones, las confiscaciones, la pena de muerte y el derecho a la defensa, así como respecto a las formalidades que deben cumplir los órganos competentes al adoptar cualquiera de esas medidas o la prohibición absoluta de que adopten alguna de ellas. Por tal razón, los aludidos preceptos constituyen fuente formal de Derecho procesal penal, de rango constitucional.

Dentro de las normas sobre derechos individuales que aparecen de ordinario en las Constituciones modernas y que son fuente directa de Derecho procesal penal, encontramos los siguientes:

1.- Las que establecen el idioma oficial del Estado, lo cual influye necesariamente en la forma de los actos procesales penales, tanto escritos como orales, pues deberán realizarse en dicho idioma so pena de nulidad.

2.- Las relativas al valor de los tratados y acuerdos internacionales de que sea parte el Estado y su relación de preeminencia respecto de la ley interna, en su caso.

3.- Las que consagran la igualdad formal de todas las personas ante la ley y que, por tanto, debe servir de guía para los operadores de la justicia penal, en el sentido de no conferir tratos discriminatorios a las personas en razón de su pertenencia a etnias minoritarias, o por el color de su piel, origen social, situación patrimonial, origen nacional. Sin embargo, es necesario aclarar aquí, que cuando la ley penal o procesal penal ordena dar un trato diferenciado en materia de beneficios procesales, a los acusados de determinados delitos, no viola con ello la disposición constitucional que proscribe la discriminación, pues en esos casos la ley no distingue por indicadores individuales de diferenciación entre unas personas y otras, es decir, no distingue entre los sujetos destinatarios de las normas jurídicas más severas, los cuales siguen siendo indiferentes, sino que la distinción se funda exclusivamente en las conductas eventuales y futuras en que pudieren estar incursas esas personas. Para que una ley o un acto normativo cualquiera sea discriminatorio, es menester que establezca supuestos de tratamientos diferenciados para unas categorías de personas distinguidas por indicadores permanentes (blancos, negros, ricos, pobres, nacionales, extranjeros, etc.). Siendo que el proceso penal es la esfera de acción principal en la protección del orden público, todas las personas son iguales a los efectos de la aplicación de sus normas, salvo las inmunidades diplomáticas. Por otra parte y como es sabido, en los Estados democráticos solo en materia de derechos políticos es posible la diferenciación entre nacionales y extranjeros.

3.- Las que establecen la posibilidad de aplicar en el proceso penal cualquier norma de Derecho natural, inherente a la persona humana y su dignidad, y de las normas internacionales en materia de derechos humanos, aun cuando su regulación concreta no apareciere en la Constitución y aun cuando el Estado en cuestión no hubiere ratificado estas últimas.

4.- Las que regulan las formas de aplicación de una nueva ley procesal a los procesos en curso al momento de su entrada en vigencia, así como el carácter retroactivo o no de las disposiciones procesales penales que beneficien a los procesados.

5.- Las que declaran inviolable el derecho a la vida y prohíben la aplicación de la pena de muerte o limitan sensiblemente su aplicación, así las que proscriben la tortura y la desaparición forzada de personas, aun en situaciones de restricción o suspensión de las garantías constitucionales, en tanto formas de la llamada "violencia negra" del Estado.

6.- Las que pudieren regular los requisitos para la detención o arresto de las personas y la duración de la prisión preventiva y los plazos de presentación del capturado ante la autoridad judicial.

7.- Las que consagren el principio de la libertad del imputado como regla, mientras se sustancia el proceso penal, con las excepciones establecidas por la ley, así como el derecho del imputado a comunicarse con sus familiares, con sus amistades y con su abogado de confianza.

8.- Las que establezcan la obligación de las autoridades policiales, fiscales y judiciales de informar a los familiares el lugar de reclusión de las personas privadas de libertad, así como sobre su estado físico y psíquico y la obligación de las autoridades penales de comunicar al cónsul respectivo

la detención de cualquier ciudadano de su país que resulte detenido, a los efectos de la defensa de sus derechos.

9.- Las que se refieren a la inviolabilidad del domicilio u hogar, lo cual tiene suma importancia para los casos de registros domiciliarios u allanamientos, los cuales deben contar con aprobación judicial y ser contemplados por testigos imparciales.

10.- Las que establecen la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas, ya sea epistolares, telefónicas, electrónicas o simples conversaciones, lo que implica que para la interceptación o grabación de tales comunicaciones a los efectos del proceso penal, será necesaria siempre la aprobación judicial expedida por un tribunal competente.

11.- Las que consagran la presunción de inocencia, el derecho a ser oído en juicio y el principio del Juez natural e imparcial.

12.- Las que consagran el principio "*nulla poena sine previa lege*", es decir el principio de legalidad de los ilícitos punibles, según el cual no puede seguirse procedimiento alguno ni imponerse ninguna pena, si el delito, la falta o la infracción que se imputa no está expresamente previsto en leyes promulgadas con anterioridad a los hechos objeto del procedimiento.

13.- Las que establecen el derecho a recurrir de todo fallo condenatorio y el principio de doble conformidad.

14.- Las que establecen las bases constitucionales para la exigencia de responsabilidad patrimonial del Estado y de los jueces en los casos de errores, retardos u omisiones injustificados, sin necesidad de un desarrollo legal de este precepto.

2.- La ley formal como fuente de Derecho procesal penal

Es ley en sentido formal aquella que es elaborada y aprobada por el órgano depositario del Poder Legislativo del Estado (Parlamento, Asamblea Nacional, Congreso de la República, etc.), sancionada y publicada por el Poder Ejecutivo, con arreglo a los procedimientos constiucionales y legales correspondientes. Generalmente la legislación en materia procesal es parte de la llamada reserva legal, es decir de las materias cuyas regulaciones fundamentales están reservadas por la Constitución para el Poder Legislativo.

La ley y particularmente las leyes de procedimiento penal y las de organización del Poder Judicial, constituyen la fuente formal más abundante y frondosa del Derecho procesal penal, por cuanto la mayor parte de las normas que rigen el proceso penal están contenidas en ellas.

En la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo civilizado, el procedimiento penal es, como ya dijimos, reserva legal, lo cual implica que los cauces procesales deben ser establecidos por leyes formales o por leyes especiales conocidas como leyes procesales, leyes de procedimiento, códigos de procedimiento o códigos procesales. Por lo general, estas leyes son

códigos, ya que recogen la casi totalidad de las instituciones procesales penales, aun cuando en sus denominaciones propias no conste la palabra «código» y allí donde existen las llamadas leyes orgánicas, esos códigos suelen tener ese rango, que los pone un grado por encima de las leyes ordinarias. Esto no quiere decir que determinadas leyes especiales no puedan contener disposiciones procesales en materia penal; todo lo contrario, pues existen leyes destinadas a la protección de ciertos bienes y objetividades sociales, tales como el patrimonio público, la recaudación tributaria, las personas desvalidas o discriminadas, etc., las cuales pueden contener normas, tanto de derecho penal material como de procedimiento penal.

Las leyes de organización del Poder Judicial o de los órganos de administración de justicia, también suelen ser fuente de Derecho procesal penal, porque contienen disposiciones que atañen a la organización y estructura de los tribunales y porque a veces contienen normas aplicables, de manera supletoria o por referencia, al proceso penal. Dichas leyes son fuente de Derecho procesal penal cuando aportan soluciones a puntos específicos del proceso penal y en la medida que no colidan con lo dispuesto en la legislación procesal orgánica u ordinaria, salvo el principio de especialidad.

El Código Penal y las leyes penales especiales también son fuente de Derecho procesal penal cuando obligan a los tribunales penales a incluir determinados pronunciamientos en sus sentencias, o cuando sujetan la persecución de ciertos delitos a condiciones de procedibilidad, tales como la instancia, denuncia o querella de la persona agraviada (víctima), o cuando establecen reglas y principios para el conocimiento de ciertos delitos por tribunales específicos.

Otras leyes especiales pueden ser fuente de Derecho procesal penal, si establecen alguna forma de modificación de los lapsos procesales, o determinan la intervención en las investigaciones de algún tipo de órganos específicos, o si modifican e influyen de alguna manera en el cumplimiento de las sanciones y medidas de seguridad.

Otras leyes absolutamente ajenas a la materia penal, pueden ser fuente de Derecho procesal penal si sus normas, por aplicación analógica o por remisión de las leyes procesales, son aplicadas para resolver incidencias que se presentan en el proceso penal. Tal podría ser el caso de las leyes administrativas que inciden en el monto de las multas y cauciones, cuando estas se expresan en cuotas, unidades tributaria, salarios mínimos etc. Es también el caso de aquellas leyes de procedimiento administrativo que se aplican supletoriamente en los procedimientos disciplinarios seguidos a jueces y a auxiliares de justicia.

3.- *Los tratados internacionales*

Los tratados internacionales son fuente directa y primordial del Derecho procesal penal en todos los países que son parte de tales tratados.

Los tratados más comunes y antiguos en materia procesal penal, son los tratados de extradición, generalmente de índole bilateral, que comienzan a suscribirse entre potencias europeas desde mediados del siglo XIX y luego se extendieron a los demás países del hemisferio occidental. Posteriormente fueron surgiendo una serie de convenciones internacionales de tipo multilateral, donde se fijaron incluso reglas internacionales en materia de competencia, como es el caso del Código Bustamante de 1928 y del que son parte la inmensa mayoría de los países latinoamericanos.

Pero es a partir de 1948, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que comienza el verdadero apogeo de los tratados internacionales como fuente de Derecho procesal penal en los países que la suscribieron y ratificaron originalmente o que la han ido suscribiendo y ratificando después.

También son fuente de Derecho procesal penal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1967, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José), la Convención Contra La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Americana Para Prevenir y Sancionar La Tortura.

4.- Las normas reglamentarias o sub-legales

Estas normas constituyen fuente indirecta de Derecho procesal penal en materia de distribución o repartimiento de causas.

Como se sabe, es común que la distribución de asuntos entre los diversos jueces, tribunales, salas o secciones de salas que tienen idéntica competencia dentro de una unidad político-territorial judicial (circunscripción, partido o circuito judicial) sea tratada por vía reglamentaria. Así ocurre en Francia, España, Italia y Cuba, donde los órganos de gobierno del Poder Judicial (Conceil des Magistratures, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Gobierno, etc.) determinan por acuerdos o reglamentos las formas de distribución de asuntos entre los diversos tribunales que hacen parte del Poder Judicial.

5.-La jurisprudencia

La jurisprudencia, entendida como el conjunto de pronunciamientos emanados de los órganos jurisdiccionales que pueden ser tomados como referencia para la ulterior solución de otros casos, ha sido objeto de las más enconadas polémicas en torno al punto de si ésta constituye fuente de Derecho o no, y, si lo es, si se trata de una fuente directa o indirecta. En el mundo anglosajón nadie discute el carácter de fuente directa que la jurisprudencia tiene en todas las formas de jurisdicción, incluída claro está, la penal, pues precisamente el Common Law se basa mucho más en el precedente judicial o "leading case" que en la ley formal. Por tanto, las referidas polémicas se dan más que todo en los

llamados paises de "derecho escrito" o de origen eurocontinental y están siempre mucho más centradas en las características propias de las sociedades a las que pertenecen los tratadistas y estudiosos, así como en concepciones ideológicas, que en la verdadera esencia de la actividad jurisdiccional.

De tal manera, los teóricos generales del Derecho y los estudiosos de las ciencias jurídicas particulares, se mueven desde posiciones de negación absoluta del carácter fontanal de la jurisprudencia hasta su aceptación total como fuente principalísima, pasando por posiciones intermedias que le reconocen un sentido de fuente auxiliar o portador del Derecho.

En términos generales, existe una estrecha relación entre el grado de libertad económica y política y de la correlación de fuerzas entre los diversos poderes públicos, prevalecientes en las diversas sociedades y el mayor o menor reconocimiento que se hace de la jurisprudencia como fuente de Derecho. Así, son generalmente los sistemas totalitarios o dictatoriales y los de corte socialista, los que tienden a negar el valor fontanal de la jurisprudencia, fundando tal negativa en una concepción acerca de la unidad del poder público que impide a los jueces modificar o alterara de alguna manera los designios en la exclusiva misión aplicadora, y no creadora, del juez frente al Derecho, proveniente básicamente de los órganos legislativos o ejecutivos.

En sentido contrario, la libertad económica, política y social, entendida en el plano de la distensión de los controles del Estado sobre la actividad de los particulares, reduce la extensión del campo legislativo y reglamentario y favorece el aumento de la solución de los conflictos de intereses por parte de los órganos jurisdiccionales sobre la base de la equidad y la libre interpretación de esos valores lógicos básicos del Derecho, a los que desde antaño se les ha conocido como principios generales.

Como ya dijimos, la inmensa mayoría de los tratadistas y estudiosos del Derecho internacional se limita a estudiar la jurisprudencia desde el punto de vista de los tribunales internacionales y en su única acepción de aplicadores o pronunciadores de normas preexistentes.

De conformidad con una muy conocida concepción de Hans Kelsen, las sentencias judiciales son concebidas como normas particulares o aplicables al caso particular *sub-judice*. En esto casi nadie discrepa, y si bien no comparto la idea kelseniana acerca de la existencia de normas particulares, por cuanto consideramos que la característica esencial de la norma jurídica es la generalidad y que la sentencia es simplemente la solución a un caso concreto, con o sin derecho precedente que aplicar, no puedo menos que estar conteste con tres de los más importantes maestros de la Teoría del Derecho en lengua española, como son Luis Recaséns Siches, Carlos Cossio y Abelardo Torré[14], en que la jurisprudencia nunca se limita a la mera aplicación o integración del Derecho para un caso concreto,

[14] .- Ver: TORRÉ, Abelardo: *Introducción al Derecho.* Editorial Perrot, Buenos Aires, 1952, p. 212.

sino que, por fuerza de la interpretación y del pronunciamiento general inevitable, el resultado de la actividad tribunalicia siempre trasciende al caso concreto donde se produce.

Por tanto, al evaluar el papel de la jurisprudencia como fuente formal de Derecho, no vale tener en cuenta la solución que para el caso concreto representa la decisión en cuestión, sino el valor que dicha solución tiene para otros casos posteriores. En este sentido no podemos obviar el hecho de que la producción de normas generales y abstractas de conducta como consecuencia de la actividad jurisdiccional no solo es inevitable sino necesaria. Esto es inevitable porque la labor aplicadora o integradora del Derecho por los tribunales conduce irremisiblemente a la generalización de los modelos de conducta admisibles bajo los supuestos de la norma analizada. Esto es un proceso ineludible que resulta de la función sintetizadora y abstrayente del pensamiento humano. Al mismo tiempo, tal generalización de valores es necesaria, porque solo por medio de la actividad jurisdiccional puede suplirse la rigidez de la norma pre-formulada (en la ley o el tratado). Dicho en otras palabras, todo derecho es formulado para que sea declarado en casos concretos, y al hacerlo, los tribunales no hacen otra cosa, aun sin proponérselo, que indicar que solo en casos semejantes al concreto juzgado, puede ser aplicada o no aplicada tal o cual norma.

La razones últimas de ser del Derecho son el mantenimiento de un orden social determinado, la solución de los conflictos de intereses que se presentan en el seno de la sociedad y, por consiguiente, la restauración del orden jurídico, es decir, el orden social propugnado por el ordenamiento jurídico. Cuando el juez o árbitro se enfrenta a la solución de un caso concreto tiene dos universos frente a sí que lo empujan irremediablemente hacia la generalización:

a.- Las circunstancias específicas del caso concreto analizado, que nunca encajan perfectamente en la norma cuya aplicación o desaplicación se invoca y que siempre se presentan preñadas de elementos accidentales o concomitantes, las cuales usualmente pueden sugerir la aplicación de otras normas y que, por tanto, es necesario desbrozar a fin de establecer la esencia del caso, lo cual comporta, de suyo, una determinación generalizante con vista a las máximas de experiencia, a los principios generales del Derecho y al acervo jurídico común de la sociedad de que se trate;

b.- Las sugerencias teóricas que toda norma comporta, en razón de estar formada por palabras que pueden sugerir significados diversos y a veces contrapuestos, así como en razón de los valores metajurídicos o de finalidad o propósito que determinan la existencia, subsistencia e insubsistencia de la norma en cuestión; por lo cual es necesario siempre interpretar la norma por los diversos métodos que la ciencia jurídica reconoce, tales como el gramatical, el exegético, el teleológico, etc., y, en tal proceso, el juzgador incurre necesariamente en las generalizaciones ineludibles que tales métodos entrañan.

De lo dicho se infiere que el juzgador, al analizar cualquier caso concreto se verá siempre frente a dos clases de interpretaciones necesarias: la interpretación de los hechos y la interpretación

del Derecho supuestamente aplicable. Este proceso se hace todavía más complejo cuando no existe una norma exactamente aplicable al caso, o por lo menos no resulta claramente alegada por las partes del conflicto. En este caso, el juzgador se ve precisado a una mayor actividad interpretativa y generalizadora, la cual tendrá ahora por objeto todo el ordenamiento jurídico, todos los principios generales del Derecho, las ideas de justicia y de equidad prevalecientes en su momento y su propio fuero moral y acervo cultural.

Como puede apreciarse, la labor de juzgar es una de las actividades más complejas y comprometedoras de toda la vida social, y por ello es que para ser juzgador se requieren especiales cualidades morales, culturales y psicológicas; razón por la cual en las sociedades altamente desarrolladas, donde el respeto a la persona humana tiene un alto sentido, los jueces son personas altamente apreciadas por la comunidad y gozan del debido reconocimiento social y económico.

En este sentido, no podemos menos que admitir que la jurisprudencia, aun en las sociedades más reacias a admitirlo, es fuente directa del Derecho procesal penal en aquellos casos donde las decisiones, sobre todo del más alto tribunal, hayan sentado pauta sobre algún aspecto determinado del proceso.

6.- Los principios generales del Derecho

El autor venezolano Bello Lozano, siguiendo a connotados ius filósofos, considera a los principios generales del Derecho «como verdades jurídicas universales o normas sentadas por la razón, inspiradas en el sentido de la equidad» y que «según la escuela histórica, son los principios fundamentales que informan el sistema jurídico»[15]. Nosotros, por nuestra parte, fieles a nuestra concepción materialista del Derecho, diríamos que los principios generales del Derecho son valoraciones racionales de carácter general, que expresan lo más esencial y primario del ordenamiento jurídico conforme a la naturaleza de las cosas y a las ideas prevalecientes en un momento político, económico y social dado. Creemos que nadie podría negar que los principios generales del Derecho no son inmutables, sino que muchos de ellos varían con el contenido de las sociedades humanas.

En todo caso, no hay dudas de que los principios generales del Derecho son fuente indirecta del Derecho procesal penal, ya que tales principios habitualmente informan las reglas de solución de los conflictos que acarrea el proceso penal, bien por vía de su acogida por el legislador o bien de la mano de la jurisprudencia, que los incorpora a decisiones que vienen a resolver lagunas y carencias de las leyes procesales.

---

[15] .- BELLO LOZANO, Humberto y BELLO LOZANO Márquez, Antonio: *Teoría General del Proceso.* Mobil Libros, Caracas, 1989, pág. 37.

Cuando un artículo de la ley o código de procedimiento penal impone a los jueces la obligación de decidir y de no excusarse de hacerlo so pretexto de silencio, contradicción, deficiencia, oscuridad o ambigüedad en los términos de las leyes, está ordenándoles integrar el Derecho a todo evento, llenar esas lagunas y superar esas insuficiencias. Para ello el juzgador deberá aplicar la analogía o acudir a los principios generales del Derecho.

7.- *La doctrina*

Se denomina Doctrina o doctrina científica al conjunto de principios y máximas que son producto de la actividad de los estudiosos del derecho, a los cuales se les suele denominar doctrinarios o doctrinantes. Se trata de personas que poseen un grado de calificación y una agudeza de análisis superior a las del jurista común, ya sean producto de estudios académicos, de una larga exposición a la práctica del Derecho o ambas cosas a un tiempo. Los doctrinarios o doctrinantes son los modernos equivalentes a los antiguos jurisconsultos romanos.

Los doctrinantes suelen publicar libros o artículos de prensa, en los cuales analizan tanto las leyes como las principales decisiones dictadas por los tribunales, a fin de establecer el sentido, propósito y razón de las disposiciones legales, así como el ajuste de las decisiones judiciales a estos indicadores. Para ello, estos estudiosos se basan en toda suerte de métodos de interpretación y persiguen las más dizsímiles finalidades, que van desde la autopromoción del interprete hasta la consolidación de un determinado orden jurídico, pasando por los intentos de subvertirlo y de los intentos de llenar lagunas, asimilar derecho extranjero, internacional o comunitario.

Por estas razones, la doctrina científica es también fuente indirecta del Derecho procesal penal, ya que las construcciones teóricas y los razonamientos elaborados por los estudiosos del proceso penal pueden ser tomados como fundamento de la solución de los conflictos procesales, bien por los jueces o por el propio legislador. Quien lo dude no tiene más que echar un vistazo a cualquier sentencia penal emanada de los tribunales de su lugar, y observará que muchos puntos oscuros o controversiales del procedimiento son resueltos sobre la base de citas doctrinales de autores reconocidos, nacionales o extranjeros, a menos que ello esté expresamente prohibido.

8.- *La costumbre*

A juzgar por el carácter dinámico del Derecho procesal penal moderno, siempre en progreso y orientado hacia el futuro, hacia la consolidación de sus valores humanos como instrumento de realización de los fines más altruistas del Derecho penal, y habida cuenta del carácter conservador y proyectado hacia el pasado de la costumbre, es muy difícil considerar que la costumbre pueda jugar

el papel de fuente indirecta del Derecho procesal penal. Por supuesto, solo si existiere alguna suerte de costumbre *secundum lege* que pudiere llenar un vacío legislativo, sería entonces aceptable como fuente indirecta del Derecho procesal penal, fundamentalmente por vía jurisprudencial.

Sin embargo, en aquellos Estados donde el carácter radical del cambio procesal que el paso del inquisitivo al acusatorio implica, con relación a los ordenamientos procesales precedentes, prácticamente hace imposible que cualesquiera de las prácticas procesales anteriores, casi todas nefastas por demás, pueda servir de fuente costumbrista del nuevo actual Derecho procesal penal.

B. LAS FUENTES MATERIALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Las fuentes materiales del Derecho son todos aquellos eventos de la vida social (revoluciones, avances tecnológicos o económicos, migraciones, etc.), incluidos los de carácter ideológico o relacionados con la conciencia (ideal de justicia, cultura, política, estética, religión, opinión pública, etc.) que influyen en la creación, interpretación y aplicación del Derecho.

La concepción idealista del Derecho no suele prestar atención al problema de las fuentes materiales del Derecho, ya que éstas no pertenecen al campo del Derecho, sino que le son externas.

Otras veces las fuentes materiales, en tanto circunstancias históricas y materiales condicionantes del Derecho son elevadas a la categoría de determinantes absolutos del fenómeno jurídico político. Como acertadamente señalara el eminente profesor mexicano Manuel Villoro Toranzo:

> [...] el señalar la importancia que tienen las circunstancias históricas en el nacimiento del contenido de las normas jurídicas no debe hacernos caer en la exageración de las nociones empíricas del derecho. Las circunstancias históricas, abandonadas a sí mismas, no producen más que la arbitrariedad del juego de las fuerzas sociales. Para regularlas interviene la Autoridad creando el Derecho. De esta suerte el contenido de las normas jurídicas refleja, no tanto el orden ideal de relaciones armónicas soñado por la Autoridad, cuanto las posibilidades reales de ordenar el juego arbitrario de las fuerzas sociales. A veces, un legislador demasiado soñador en la utopía, cuando a fuerza de leyes y decretos irrealizables quiere reformar la realidad social existente. Ese es el defecto en que cae, a pesar de sus pretensiones empíricas, el Derecho soviético. El legislador utópico tarde o temprano será corregido por la realidad; entretanto, en vez de hacer verdadero Derecho, su labor es la de un demagogo, es decir la de un político que halaga los instintos de la plebe con promesas que no puede cumplir. También lo contrario es posible y desgraciadamente bastante practicado: que el legislador se niegue a ver posibilidades de armonización ideal y que escoja la vía más fácil de ceder a las presiones de las fuerzas sociales, aunque éstas puedan ser reguladas por ordenamientos más conformes a los ideales de justicia. Este es el defecto de muchos juristas conservadores y de ciertos sectores de pensamiento económico liberal, que confunden

> cualquier fórmula de justicia con demagogia. El verdadero Derecho debe darse allí donde lo posible se acerca más a lo ideal.[16]

Las fuentes materiales no influyen de manera directa ni automática sobre el Derecho , sino a través de la mente de los hombres y de sus valoraciones acerca de los fenómenos que constituyen tales fuentes, que a veces tienen interpretaciones muy diferentes en unos y otros.

En el caso concreto del Derecho procesal penal, los eventos que constituyen fuentes materiales del Derecho sirven de pautas para ampliar o restringir el sentido de sus instituciones, para provocar reformas e incluso un cambio radical en la forma jurídica y en el sistema de enjuiciar.

Pero las fuentes materiales, por sus propias características, no pueden ser sistematizadas, es decir, no puede determinarse con precisión sobre tal o cual institución procesal influye, en qué sentido y cuándo, pero ello lejos de hacer inútil su estudio, implica que hay que seguirlas con mucho detenimiento, con ayuda de la sociología jurídica, a fin de determinar cuál será su efecto sobre el Derecho procesal penal.

Cualquiera que dude de la influencia decisiva de los eventos socio-políticos sobre el Derecho procesal penal, debiera recordar que el mismo COPP ha sido, a decir de eminentes juristas venezolanos, el producto de la cruda crisis carcelaria en el país, de la presión de poderosos inversionistas extranjeros en tiempos de globalización y del enjuiciamiento cada vez más frecuente de encumbrados personajes de la política y las finanzas nacionales.

3.- EL DERECHO PROCESAL PENAL EN EL ESPACIO

El tema de la aplicación del Derecho en el espacio supone siempre dos problemas básicos: uno, el de conocer si las normas jurídicas son solamente aplicables dentro del territorio del Estado que las crea, y dos, el establecer, en qué medida y bajo qué condiciones es posible la aplicación de tales normas jurídicas fuera de ese ámbito territorial. Este segundo problema tiene a su vez dos variables, pues, por una parte, es preciso establecer si la aplicación extraterritorial de la norma se refiere, por una parte, a su aplicación fuera del Estado creador por tribunales u órganos de otro Estado, o si, por otra parte, se refiere a su aplicación por tribunales u órganos del propio Estado creador, pero a casos ocurridos fuera de su territorio. El estudio de la primera de estas dos últimas posibilidades, es decir, la de la aplicación de una norma jurídica por órganos jurisdiccionales de un Estado diferente al que la ha creado, es materia del Derecho Internacional Privado, a través de su doctrina de los llamados

---

[16] .- Ver: VILLORO TORANZO, Manuel: *Introducción al Estudio del Derecho.* Editorial Porrúa, S.A., México, 1966, pág. 158.

puntos de conexión, que no son otra cosa que los supuestos que gobiernan la posibilidad o no de tal aplicación, en tanto que la segunda posibilidad es generalmente materia o bien de Derecho interno o de Derecho Internacional Público, a través de los tratados.

Las normas de Derecho sustantivo pueden ser aplicadas tanto por tribunales extranjeros, como por tribunales nacionales a hechos ocurridos fuera del territorio del Estado creador y aplicador de la norma, pero las normas de Derecho procesal o adjetivo, solo pueden ser aplicadas por los tribunales del Estado creador y, excepcionalmente aplicadas a hechos ocurridos fuera de la jurisdicción territorial de dicho Estado.

El Derecho procesal penal, como todo Derecho interno, es creado por un Estado determinado y, por tanto, es concebido para su aplicación dentro de los límites territoriales de ese Estado, por los órganos jurisdiccionales de ese Estado y a los casos ocurridos dentro del territorio de dicho Estado, y solo excepcionalmente podría aplicarse a casos ocurridos fuera del ámbito espacial del Estado en cuestión. Sin embargo, no hay que olvidar que el Derecho procesal es eminentemente instrumental o adjetivo, en su conjunto y en su finalidad esencial, por lo cual el único supuesto posible de extraterritorialidad es su aplicación por tribunales nacionales del Estado creador de la norma procesal, a hechos ocurridos fuera del territorio de dicho Estado.

4.- EL DERECHO PROCESAL PENAL EN EL TIEMPO

En principio toda norma jurídica es creada para surtir efectos desde el momento mismo de su entrada oficial en vigencia, bien desde el momento de su publicación oficial o bien inmediatamente después de cumplida una *vacatio legis*, por lo cual dichos efectos se proyectarán fundamentalmente hacia el futuro y muy excepcionalmente podrá afectar hechos o situaciones ocurridas con anterioridad a su vigencia.

El orden jurídico, en tanto concepto fundamental de la Teoría del Derecho, es el estado de cosas prevaleciente en la sociedad como consecuencia de la aplicación de una forma de Derecho determinada. El orden jurídico tiene dos componentes o elementos esenciales: *la legislación*, es decir el conjunto de normas jurídicas vigentes en esa sociedad, desde la Constitución hasta las diferentes modalidades de normas sublegales (generales o particulares, según la concepción kelseniana) y *las situaciones jurídicas*, o sea las realidades factuales apoyadas, regidas o conformadas por aquella legislación. La legislación u ordenamiento jurídico es el aspecto o elemento formal del orden jurídico y las situaciones jurídicas son su aspecto material o substante.

La aparición de nuevas normas jurídicas crea dos tipos de problemas prácticos en el orden jurídico de una sociedad cualquiera. Por una parte, surge un conjunto de situaciones respecto a la aplicabilidad de las nuevas normas con relación a los hechos y situaciones (elemento material) que constituyen su ámbito de funcionamiento y a las consecuencias jurídicas que de ellos debieran

derivarse y, por otra parte, las nuevas normas tienen un efecto sobre el propio ordenamiento jurídico, como componente formal del orden jurídico, pues pueden originarse colisiones reales o aparentes entre las normas nuevas y las ya existentes, y será necesario establecer las consecuencias de ello.

Las situaciones a que da lugar la aplicación del Derecho en el tiempo respecto a los hechos justiciables son fundamentalmente dos: *la retroactividad* y la *ultractividad.* La retroactividad de la ley consiste en su aplicación a situaciones o hechos ocurridos o cumplidos con anterioridad a la promulgación o vigencia de dicha ley, en tanto que la ultractividad es la aplicación de una norma jurídica a ciertos casos, después que dicha ley o norma ha sido derogada.

Una de las conquistas más importantes de la humanidad en los últimos siglos es el haber consolidado el principio de la irretroactividad de las leyes, pues ello es un antídoto muy eficaz contra las desviaciones dictatoriales o las arbitrariedades del poder. Como es sabido, la retroactividad generalizada de las leyes atenta contra la seguridad jurídica y por ende contra la paz social, pues por esta vía se pretende siempre despojar a personas, comunidades, clases sociales e incluso naciones, de derechos adquiridos al amparo del orden jurídico anterior. La retroactividad es hoy solo concebible en términos de revolución violenta, o como diría Kelsen, por un cambio radical en la norma fundamental. Y esto es así, porque hoy la inmensa mayoría de los ordenamientos constitucionales prohíben la retroactividad generalizada y solamente la admiten en materia penal, cuando beneficie a los procesados o penados.

Ahora bien, deberíamos preguntarnos ¿cuándo una norma jurídica puede considerarse retroactiva? Como magistralmente enseñaba el profesor Cañizares Abeledo[17], para saber si una disposición normativa es retroactiva hay que analizar la forma en que ésta proyecta sus efectos hacia el pasado, y concluía que solo sería retroactiva la norma que afectara los actos jurídicos anteriores a su vigencia y a los efectos jurídicos de dichos actos, que también se hubieren cumplido con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión. Por tanto, la ley no sería nunca retroactiva si sus efectos recaen sobre los efectos de actos jurídicos anteriores a dicha ley, pero que se producen al momento de entrada en vigencia de la nueva norma o que debieran producirse a futuro. En cuanto a las leyes procesales, es universalmente aceptado, y así lo consagra el antes transcrito precepto de la Constitución venezolana, que éstas deben ser aplicadas a los procesos que estén en curso al momento de su entrada en vigencia, con la sola excepción de la apreciación en la definitiva de las pruebas ya evacuadas al amparo de la legislación anterior, cuando resultaren favorables al procesado.

---

[17] .- Ver: CAÑIZARES ABELEDO, Fernando: *Teoría del Derecho.* Editora Universitaria, La Habana, 1974. Capítulo VII "El derecho en el tiempo".

CAPÍTULO III
PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL

1.- CONCEPTO Y NOCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL PROCESO PENAL

Los principios generales del proceso penal son postulados que sintetizan los aspectos fundamentales de la forma del enjuiciamiento criminal, como producto de la observación de las diversas maneras de ser el proceso penal a través de la historia, en el entendido de que las formas históricas del proceso están siempre condicionadas por los factores económicos, políticos, sociales, religiosos y culturales.

El autor uruguayo Enrique Véscovi, al referirse al aspecto historicista del problema de los principios procesales, nos advierte que:

> El estudio histórico de los diferentes procesos, nos ha mostrado cómo los diversos principios han sido sucesivamente admitidos, rechazados y vueltos a instaurar, en una especie de corsi e ricorsi. Así encontramos una lucha que se repite sin cesar, entre oralidad y escritura, entre celeridad y búsqueda de mayores garantías que conduce a enlentecer los trámites, entre libertad de formas y sujeción de éstas, entre el predominio de las partes o del juez en la dirección del proceso, entre tarifa legal y libre apreciación de la prueba, entre unidad y multiplicidad de instancias, etc. Toda reforma ha tenido, a menudo, como consecuencia, luego de un período más o menos prolongado, una propensión a ser modificada volviendo al sistema anterior.[18]

La apreciación de Véscovi refleja, además del historicismo inherente a los principios procesales, el hecho de que éstos están referidos a la forma del proceso, aun cuando no podamos estar de acuerdo con dicho autor en aquello de que después de toda reforma vendrá una vuelta atrás en un período más o menos largo. Semejante afirmación no puede constituir jamás una verdad absoluta, ya

---

[18] .- Ver: VÉSCOVI, Enrique: *Op. cit.*, pág. 51.

que, en primer lugar, los avances y retrocesos en las formas del proceso penal solo se verifican allí donde existen avances y retrocesos en las formas políticas, económicas y sociales, como ya hartamente hemos fundamentado a través de esta obra al hacer hincapié en los condicionamientos materiales del Derecho procesal penal. Por otra parte, el pensamiento procesal penal, como todo el pensamiento humano, sigue una línea ascendente, de manera tal que retrocesos eventuales, producto de triunfos pasajeros de posturas reaccionarias, no pueden eclipsar los avances revolucionarios de otrora, basados en el humanismo altruista que pone a la persona humana como centro del devenir histórico, y que tarde o temprano resurgirán, cada vez con más fuerza.

Para muestra de lo que decimos basten dos ejemplos muy claros. El primero de ellos se refiere al desarrollo del proceso penal en Inglaterra, Canadá y Estados Unidos de Norteamérica, donde ha seguido un íter ascendente, de profundización de los valores democráticos del juicio oral y del sistema acusatorio y sin experimentar retrocesos violentos[19]. El segundo se refiere a Alemania, país que fue la cuna del procesalismo eurocontinental moderno y que en 1877 promulgó uno de los ordenamientos procesales acusatorios más completos y avanzados de todos los tiempos: la Ordenanza Procesal Alemana (*StPO*), y que, sin embargo, vio todo eso reducido a cenizas durante el régimen nazi que rigió los destinos de ese país entre 1933 y 1945, para luego retomar los principios de la vieja ordenanza, mejorarlos y profundizarlos en una Alemania democrática y unificada.

Las reformas procesales pueden ser revertidas o superadas al cabo de poco tiempo por razones jurídicas, solo cuando hayan sido concebidas de manera superficial, como ocurre cuando la nueva ley, por no ser radicalmente distinto de su antecesora, repite sus errores y no contribuye a superar el formalismo y la dilación en la solución de las asuntos.

Pero cuando la ley de es parida por la necesidad de una realidad democrática y garantista, está destinada a hacer imperecederas las pautas del juicio oral y del sistema acusatorio, aun cuando pudiere sufrir, incluso a corto plazo, algunas modificaciones o reformas, pero que en modo alguno implicarían la vuelta al pasado inquisitivo.

Ahora bien, como ya hemos dicho, los principios procesales se refieren a la forma del proceso y a sus momentos trascendentales y tienen forma de enunciados o postulados que se agrupan por pares de opuestos, según provengan del sistema acusatorio o del sistema inquisitivo. Así, se habla de principios relativos al inicio del proceso, es decir, quiénes y cómo pueden dar inicio al proceso penal; de principios referentes al impulso procesal o sea, a quién corresponde impulsar el proceso y lograr que transite de una fase a otra y de un acto procesal a otro de manera que el proceso se acerque a su definición o resultado; principios atinentes a la forma de los actos procesales y a su relación respecto

---

[19] .- Aunque sí restricciones, como las sufridas por los sectores de pensamiento liberal o izquierdista en los Estados Unidos entre 1946 y 1956, durante la Guerra Fría y el «Macarthysmo», como ya apuntamos en nota anterior. [*Nota del Autor*].

al órgano jurisdiccional; principios tocantes a las formas de valoración de la prueba por el órgano juzgador, etc.

De la observación de las formas procesales concretas, de su presente y de su pasado, los estudiosos del Derecho han podido deducir los rasgos comunes de todas ellas y resumirlas en definiciones o postulados que sintetizan los rasgos esenciales del proceso penal, que permiten determinar en qué medida se combinan los rasgos acusatorios e inquisitivos y cuáles de ellos predominan, y que, sobre todo sirven de modelo de pronóstico para la proyección de futuros ordenamientos procesales.

2.- PRINCIPIOS PROCESALES GENERALES Y PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Teniendo los principios procesales un origen histórico determinado por el objeto, es decir, el desarrollo del proceso mismo, hay que establecer una clara diferenciación entre los que podemos llamar principios procesales generales y los que tendríamos que denominar principios específicos del procedimiento penal.

Los principios procesales generales son aquellos que se derivan de la esencia común a todas las formas de procesos jurisdiccionales, ya sean civiles, penales, administrativos, laborales y que fueron desarrollados inicialmente por los cultores de la ciencia del Derecho procesal civil.

Los principios procesales generales son todos atinentes al aspecto externo del proceso, a la forma en que se produce el discurso de los actos procesales y tienen que ver con la manera como se inicia el proceso, con la forma de los actos procesales, con la forma en que están dispuestos unos respecto de los otros, con el acceso de las partes y del público en general a las actuaciones, etc.

Los principios específicos del procedimiento penal, en cambio, son aquellos que se derivan de la naturaleza específica del proceso penal, atendiendo básicamente a su particularísimo objeto, a su sustancia. Por tanto, los principios específicos del proceso penal no son atinentes a la forma del procedimiento, sino a la relación entre el modo de proceder y el objeto del proceso penal. Estos principios son, por tanto, principios de fondo, cuya observancia o no influye decisivamente en la determinación de la existencia del hecho punible y en la fijación de las responsabilidades que pudieran derivarse de aquél.

3.- LOS PRINCIPIOS PROCESALES GENERALES EN EL PROCESO PENAL

Los más importantes principios procesales generales que informan el enjuiciamiento penal pueden agruparse de acuerdo a la función que cumplen dentro del proceso y son los siguientes:

A.- PRINCIPIOS QUE RIGEN EL INICIO DEL PROCESO: PRINCIPIO DISPOSITIVO Y PRINCIPIO INQUISITIVO

El principio dispositivo es de carácter liberal y presupone el primado de los intereses individuales frente al Estado. Este principio atribuye a las partes el inicio del proceso, de tal manera que no puede el juez o tribunal dar inicio de suyo, de oficio o *motu proprio* a las actuaciones procesales. Si bien el enunciado teórico del principio dispositivo se debe a los procesalistas alemanes del siglo XIX, tales como von Bülow y Goldschmidt, ya había sido intuido en el Derecho romano bajo la frase *nemo iudex sine actore*, que justamente expresa la imposibilidad de actuación del juez sin la previa instancia de las partes. El principio dispositivo tiene como corolario la posibilidad de las partes de disponer de las actuaciones cuando lo estimen pertinente, conviniendo, allanándose, transigiendo, desistiendo expresamente del proceso o simplemente abandonando la acción a su caducidad o perención. El principio dispositivo es característico, en todas las legislaciones del mundo, de los procesos civiles, mercantiles, laborales, contencioso-administrativos y de otros de naturaleza no penal, aun cuando algunas legislaciones de corte revolucionario, socialista o socialdemócrata ponen cortapisas a la disponibilidad del proceso por las partes.

El principio dispositivo se aplica igualmente al proceso penal en lo atinente a la persecusión de delitos de acción privada y, en forma limitada, allí donde impera el sistema acusatorio, en sus versiones más puras, es decir, en los países anglosajones, germánicos y escandinavos, donde el proceso no se inicia sino a instancia del fiscal, que actúa como parte adversa del acusado y su defensor. En los países con sistema mixto de predominancia acusatoria (Francia, España, Italia, Rusia), por tener la figura del Juez de Instrucción, que es el encargado de abocarse, de oficio, a la investigación de los posibles hechos punibles, no se aplica el principio dispositivo. Por otra parte, la disponibilidad del proceso penal por las partes, en los ordenamientos procesales que la admiten, está generalmente sujeta a la comprobación por parte del juez de que con ello no se vulneran intereses sociales o se trata de desvirtuar la verdad material. Ello se debe a que el proceso penal se considera siempre establecido, en principio, en interés de la sociedad y no de las partes.

El principio inquisitivo determina el inicio del proceso por el juez o tribunal y es un principio muy ligado a las concepciones estatistas y a consideraciones de orden público. En el Derecho civil el impulso de oficio se aplica muy limitadamente, pero la mayoría de las legislaciones lo establecen en materias tales como la privación de patria potestad de los progenitores irresponsables en extremo o en casos de prevención de abintestato, es decir, cuando el tribunal conoce que alguien ha muerto sin herederos conocidos y ante la posibilidad de que el Estado se convierta en su heredero, el Juez debe tomar previsiones cautelares de oficio.

Pero el principio inquisitivo está presente fundamentalmente en el procedimiento penal, bien en el de corte netamente inquisitivo o en el mixto, donde existe sumario escrito regido por un Juez de

Instrucción, donde es el juez quien inicia el proceso sin encomendarse a nadie. Sin embargo, el colmo de la inquisitividad en el proceso penal contemporáneo lo constituye la iniciación del proceso penal por policías con facultades instructoras.

Todo ordenamiento procesal que se inspire en el sistema acusatorio, presenta la dualidad entre órganos estatales acusadores (Ministerio Público) y órganos estatales decisores (tribunales penales), que aseguran el interés público o colectivo que debe privar en el proceso penal conforme al principio de oficialidad –que explicaremos más adelante– y que limita la disponibilidad de los particulares en el proceso penal. Por esta razón el inicio del proceso en los delitos de acción pública pertenece al Estado, a través de la fiscalía, aun cuando no sea el juez quien pueda iniciar directamente la averiguación penal, lo cual en la práctica es una posición ecléctica entre lo dispositivo y lo inquisitivo.

B.- PRINCIPIOS QUE RIGEN EL IMPULSO PROCESAL: LA INSTANCIA DE PARTE Y EL IMPULSO DE OFICIO

Para que todo proceso pueda arribar a un resultado concreto, es necesario que sea impulsado, es decir, hay que hacerlo pasar por diversas fases y actos procesales, pautados de antemano por la ley procesal, tales como alegaciones, instrucción, informes, etc., hasta arribar al momento en que debe dictarse la sentencia definitiva. Pero las mismas leyes procesales suelen establecer unas veces, que el impulso procesal corre a cargo de las partes y otras veces, que esta responsabilidad está a cargo del juez o tribunal.

El principio de impulso a instancia de parte es propio de los procedimientos de interés privado (civiles, mercantiles, etc.) e implica que a cada parte toca evacuar la carga procesal que le corresponda sin necesidad de requerimiento del tribunal y solicitar al tribunal se realicen los actos subsiguientes que sean procedentes.

El principio de impulso a instancia de parte viene siempre aparejado al instituto de la perención o caducidad de la instancia, que es la consecuencia necesaria de la inactividad de las partes, fundamentalmente de la parte actora, en el proceso. La consagración del principio de impulso a instancia de parte tiene dos modalidades consecuenciales: una extrema y otra atenuada. La modalidad extrema implica que la perención de la instancia ocurre tanto por no ejecutar algún acto de procedimiento por las partes, como por el mero hecho de no solicitar al juez que realice lo conducente. Así, por ejemplo, si las partes, luego de promovidas las pruebas, no solicitan al juez que proceda a evacuarlas o practicarlas, éste no hará nada y si transcurre el lapso de perención establecido por la ley, la decretará a instancia de parte interesada o aun de oficio. En la modalidad atenuada, la perención solo opera cuando alguna de las partes no realice un acto procesal a su cargo en un tiempo que rebase el lapso de perención.

El principio de impulso de oficio implica que es al órgano jurisdiccional a quien corresponde impulsar el proceso, por lo cual no se concibe, bajo este principio, la inactividad del juez. Este principio es propio del proceso penal, por cuanto éste está regido por el interés público y al Estado y la sociedad les interesa esclarecer las responsabilidades derivadas de los hechos punibles, pero algunos ordenamientos procesales civiles, sobre todo los matizados por tintes socialistas o socialdemócratas, lo consagran actualmente, incluso de forma vergonzante, como es el caso del CPC venezolano de 1986 en su artículo 14:

> **Artículo 14.-** El Juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal.
> Cuando esté paralizada, el Juez debe fijar un término para su reanudación que no podrá ser menor de diez días después de notificadas las partes o sus apoderados.

Sobre esto último nos dice el eminente jurista venezolano Pedro Alid Zoppi:

> Conforme al artículo 14 –nueva disposición– el Juez es el director del proceso y "debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión" [...]. Esto, sin dudas, colide abiertamente con el instituto de la perención, que se mantiene igual en el nuevo Código; entonces, es de preguntarse ¿cómo puede perimir una instancia si el Juez está obligado a impulsar de oficio el proceso y ordenar la notificación de las partes? Además, ahora la perención no es renunciable y opera de pleno derecho, lo que es un contrasentido con el artículo 14. El propio artículo 267 es abiertamente contradictorio con el 14, pues permite la inactividad del juez y tan solo señala que no se produce perención si es «después de vista la causa». Por tanto, es irreconciliable el principio del impulso de oficio con la posibilidad de una inacción del Juez.[20]

En el proceso penal quien dirija la fase preparatoria deberá impulsarla, sea juez, fiscal o policía, en razón del interés social antes expresado, y luego, después del auto de apertura a juicio oral, la dirección e impulso del proceso corresponde al tribunal de la causa.

C.- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA FORMA DE LOS ACTOS PROCESALES: PRINCIPIO DE ORALIDAD Y PRINCIPIO DE ESCRITURA

[20] .- Ver: ALID ZOPPI, Pedro: *Soluciones a Errores en el Código de Procedimiento Civil.* Vadell Hermanos Editores, Valencia, 1989, págs. 17-18.

La oralidad es la forma más antigua de manifestación de los actos procesales, pues surgió cuando el Derecho era exclusivamente oral y la escritura inexistente. Los procesos penales basados en el sistema acusatorio, sobre todo los llamados modelos de oralidad plena, están dominados por el principio de oralidad, que implica que las diligencias principales del proceso se realicen y, lo que es más importante, que se valoren oralmente, con independencia de que puedan escriturarse o no a los efectos de los recursos. Pero sin lugar a dudas, como su nombre lo indica, es el juicio oral el que está signado por el predominio total de la oralidad.

Pero para que la oralidad sea realmente efectiva en un proceso judicial, el ordenamiento procesal que lo regule y sustente debe fundarse en el primado de la oralidad, es decir, debe tratarse de un ordenamiento de oralidad principal o prevaleciente.

La oralidad en los procedimientos judiciales puede ser principal o sucedánea o secundaria. La oralidad es sucedánea o secundaria cuando en dicho procedimiento priva la escritura y las formas orales son un mero ornamento, pues la fuente del juzgamiento, o sea aquello que tienen en cuenta los jueces a la hora de decidir, no es lo que hayan oído en los actos orales, sino el material escrito del proceso: las actuaciones escritas o documentadas. La oralidad será principal, en cambio, cuando no solo constituye la forma esencial de manifestación de la inmensa mayoría de los actos procesales, sino también y prioritariamente, cuando las personas que deban decir en el proceso, sean jueces, escabinos o jurados, deban hacerlo no sobre la base de los autos escritos, sino con fundamento únicamente en lo escuchado y visto en el acto de la audiencia oral y de manera inmediata después de terminada ésta. La razón de esto es muy sencilla: si la oratoria es el arte de conmover y convencer mediante el manejo eficaz de la cualidad elocuente de las palabras y los ademanes, el discurso solo puede tener tal eficacia si entre él y la decisión media poco tiempo y no se interpone un fárrago de papeles que desvíen de él su atención.

Sin embargo, es necesario aclarar que la oralidad en el proceso penal se ha manifestado de tres maneras históricas:

1.- La pseudo-oralidad o juicio dictado, que consiste en un acto en el cual las partes, los testigos, los expertos y demás sujetos del proceso, hacen sus alegaciones en forma oral frente al tribunal constituido en sala, pero el juez presidente, una vez que cada uno ha hecho su alegato o deposición, procede a hacer un resumen de lo dicho y lo dicta a un secretario o escribiente, quien lo asienta en un acta que luego se une al expediente, con vista del cual se resuelve. Ésta es una forma de falsa oralidad, porque si bien los sujetos procesales se expresan de manera verbal u oral, la apreciación de lo actuado se hace en la fuente escrita y no en la oral. Aquí la oralidad es subsidiaria de la escritura.

2.- La oralidad total, cuya esencia es la celebración de los actos procesales de forma totalmente oral, sin ningún tipo de soporte escrito (variante antigua) o dejando constancia del acto mediante un acta sucinta que solo da fe de la fecha de celebración del

acto y las personas intervinientes, pero que no recoge el contenido de las manifestaciones concretas de los partícipes del acto (variante contemporánea). En esta forma la apreciación de lo actuado tiene forzosamente que ser en la fuente oral, pues el tribunal no tiene ninguna referencia escrita en que apoyarse. Aquí la decisión debe producirse inmediatamente terminado el acto para preservar la frescura de lo escuchado en la mente de los miembros del órgano decisor. El inconveniente de esta modalidad reside en que, al no haber registro escrito o grabado del contenido del acto, es imposible que personas que no hayan concurrido al acto, como los miembros de un tribunal superior, la prensa o la opinión pública en general, puedan precisar si el tribunal o jurado valoraron adecuadamente la prueba.

3.- La oralidad documentada, que consiste en el desarrollo del acto procesal de la misma forma libre y espontánea como se desarrolla en el modelo de oralidad total, pero dejando constancia simultánea y sin interrumpir a los exponentes, de todo lo que van diciendo, ya sea mediante la taquigrafía mecánica (estenografía) o mediante grabaciones o filmaciones. Ahora bien, para que se mantenga el principio de oralidad principal, los miembros del órgano decisor del proceso deben pasar a deliberar inmediatamente terminado el juicio, sin esperar la transcripción taquigráfica o el desgrabado de las cintas fonográficas o fílmicas. Los jurados norteamericanos no deciden sobre la base de las actas taquigráficas, sino de lo escuchado en el juicio y solo cuando tienen dudas sobre alguna declaración o alegato, el juez le envía el acta y, aclarado el punto, se la retiran.

El sistema acusatorio está caracterizado por el primado de la oralidad (bien sea total o documentada), puesto que la inmensa mayoría de los actos procesales que se desarrollan tanto en la audiencia preliminar que pone fin a la instrucción, como en el juicio plenario propiamente dicho, se realizan de viva voz y su apreciación se produce en la fuente oral, con independencia de que tales actos sean documentados, bien mediante acta sucinta, exhaustiva o estenográfica o bien por medio de grabaciones magnetofónicas o de video.

En este sentido hay que concluir, junto a los profesores argentinos Julio A. Quevedo Mendoza, Mario A. Odérigo y Alfredo Vélez Marisconde que:

> [...] el procedimiento oral es infinitamente superior al escrito porque asegura en máximo grado la inmediación, es decir el contacto directo y simultáneo de los sujetos procesales con los medios de prueba en que debe basarse la discusión plena de las partes y la decisión del juzgador [...] el habla no es apetecible por su naturaleza sino por otros motivos: por sus virtudes intrínsecas, por su potencia expresiva que le confiere su economía y la consiguiente posibilidad de su empleo lujoso; y también por la inmediación personal a que obliga, con su consecuencia que es el aprovechamiento del lenguaje de acción [...] se dice más cosas cuando se habla que cuando se

> escribe, se abunda más en detalles que ayudan a la comprensión y es más completa la transmisión del pensamiento.[21]

El habla, pues, transmite sentimientos y emociones que la escritura, que priva en el sistema inquisitivo, no puede transmitir, y si bien hay que concordar con Odérigo en que la oralidad tiene como debilidad procesal su transitoriedad *(verba volant)*, no cabe duda que para remediar ese detalle existe esa aplicación particular del principio de inmediación que consiste en que los juicios sean decididos inmediatamente después del debate, cuando lo escuchado esté aún fresco en la mente de los jueces y jurados.

El principio de escritura, surgido en etapas tardías del Derecho romano (por lo que a Occidente respecta), implica que los actos procesales, que no se verifican ante la presencia del juzgador, son recogidos en folios escritos para ser valorados posteriormente por éste, produciéndose, por tanto, una mediación entre el momento de producción del acto procesal y las personas intervinientes, por una parte, y el juez, por la otra. Entre el juez y las partes, los testigos y los peritos, mediará un ejército de escribientes, alguaciles, secretarios y policías, lo cual desfigura la continencia fáctica de la causa y dificulta el juzgamiento.

El primado de la escritura es propio de los procedimientos civiles y mercantiles y de los procesos penales basados en el sistema inquisitivo. El principio de escritura aporta seguridad jurídica, ya que confiere permanencia en el tiempo a los actos procesales, pero la escritura debe reservarse solamente para los escritos polémicos y para la documentación o escrituración de los actos procesales, mediante las respectivas actas procesales, pero la forma principal de los actos, sobre todo los actos de la etapa decisiva del proceso, debe ser oral, por las garantías de inmediación que la oralidad brinda.

En la mayoria de los ordenamientos procesales penales de corte acusatorio, además del debate judicial principal que constituye la fase plenaria del proceso (juicio oral), que se caracteriza por el primado casi absoluto de la oralidad sobre la escritura, la oralidad está presente en todas las restantes fases del proceso, pues muchos otros actos procesales suelen desarrollarse de forma oral, tales como la instructiva de cargos o de imputación formal; la imposición de medidas de aseguramiento y cautelares, el debate sobre sobreseimiento o preclusión; la exposición de la acusación y su contestación, el descubrimiento, exclusión o admisión de las pruebas orfrecidas para el juicio oral, la constitución de jurados y tribunales mixtos, los debates sobre los recursos de apelación y casación, etc.

D.- PRINCIPIOS ATINENTES A LA PRESENCIA DEL JUZGADOR EN LOS ACTOS PROCESALES: PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y PRINCIPIO DE MEDIACIÓN

[21] .- Véase: *Enciclopedia Jurídica Omeba.* Buenos Aires, 1950. Artículo: “Juicio oral en materia penal”, pág. 383.

El principio de inmediación consiste en la recepción y valoración directa por el juzgador de las probanzas y argumentos de las partes, por lo cual, la inmediación está íntimamente ligada a la oralidad. El juicio oral responde necesaria e indefectiblemente al principio extremo de inmediación, pues, por una parte el juzgador recibe directamente el resultado de los actos procesales que se desarrollan en su presencia y por otra parte, los jueces que deben decidir el caso tienen que ser, so pena de nulidad en caso contrario, los mismos que han presenciado y presidido el juicio oral en todas sus sesiones. Esta particular faceta o manifestación del principio de inmediación ha sido elevada a la categoría de principio independiente por algunos autores bajo el nombre de «principio de la identidad física del juzgador».

De lo antes dicho se desprenden dos corolarios ineludibles: uno, que los jueces o jurados han de decidir el asunto inmediatamente terminado el debate oral, a fin de prevenir olvidos o confusiones respecto a lo escuchado por razón del tracto del tiempo; y dos, que toda sentencia o veredicto en que hubiera intervenido alguna persona que no haya escuchado el debate de principio a fin, siendo una o varias las audiencias del juicio, será nula de nulidad absoluta. Igual suerte correrá la sentencia o veredicto que sea acordado por menos jueces o jurados de los que la ley establece para el caso concreto, ya que todo ello viola el principio de inmediación.

Los procesos escritos permiten el funcionamiento del principio de mediación, es decir, la posibilidad de que los actos procesales se verifiquen sin la presencia del juez, mediante escribientes o secretarios, que serían los encargados de presenciarlos y documentarlos para su posterior valoración del juez.

En el juicio inquisitivo escrito, debido a que la forma predominante de los actos procesales es la escritura, es perfectamente posible que haya diversos juzgadores para conocer o realizar distintos actos procesales e incluso para decidir. Esto da la posibilidad de que la decisión se produzca por un juez accidental, pedáneo, itinerante o provisorio, completamente desligado de los marcos emocionales y socio-políticos del proceso, a los que, aun en el sistema inquisitivo, no es ajeno el juez titular del oficio o cargo.

E.- PRINCIPIOS RECTORES DE LA MARCHA DEL PROCESO: PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN Y PRINCIPIO DE REPOSICIÓN O SECUENCIA DISCRECIONAL

El principio de preclusión supone la división del proceso en etapas, de manera tal que cada una de ellas implica el cierre de la anterior, sin posibilidad de reapertura o renovación. Por ello, cuando el proceso discurre bajo las pautas del principio de preclusión, la parte que haya omitido realizar un acto procesal en el momento oportuno, perderá ese derecho y el juicio seguirá su curso sin

que dicha parte pueda solicitar una reposición o vuelta atrás del proceso para realizar el acto omitido. Couture define la preclusión como «la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal»[22].

En el sistema acusatorio la preclusión es casi absoluta, lo cual significa que el proceso penal debe ir siempre hacia adelante en el tiempo, buscando constantemente el resultado procesal natural, es decir, la sentencia firme. Por esta razón un ordenamiento procesal penal basado en las pautas del sistema acusatorio debe obviar por todos los medios los recursos contra las decisiones interlocutorias e incidentales, debe evitar o limitar al mínimo posible las reposiciones y las resoluciones de reenvío. En este sentido, los sistemas acusatorios suelen prever, contra las resoluciones interlocutorias, un sistema de protestas preparatorias del recurso que en su día proceda contra la definitiva, en el entendido de que el no haber formulado protesta contra una determinada decisión del tribunal, en cualquier fase o grado del proceso, impedirá examinar ese punto concreto en el recurso que sea procedente contra la definitiva. Por otra parte, las reposiciones y los reenvíos se evitan cuando los tribunales de alzada o *ad quem* solucionen directamente el fondo de las cuestiones planteadas en los recursos.

El principio de reposición o secuencia discrecional implica que el juzgador *a quo* o juez de la causa posee facultades para retrotraer el juicio a etapas o fases ya superadas en el tiempo y en la lógica procesal, a fin de salvar una omisión o corregir un acto defectuoso. Las modernas concepciones del Derecho procesal han establecido que este principio no puede presuponerse ya que implica dilación procesal, sino que debe constar como facultad expresa concedida por la ley, tanto al juzgador de primera instancia *(a quo)*, como a los juzgadores recursorios *(ad quem).* Por tanto, cuando el legislador, en un ordenamiento procesal concreto, no establece facultades expresas de reposición, hay que entender que el proceso se inspira en la preclusión.

El principio de reposición o secuencia discrecional está íntimamente ligado al instituto de las nulidades, pues, generalmente, las reposiciones implican la nulidad de todo lo actuado a partir del acto declarado nulo o defectuoso. Sin embargo, algunas legislaciones prevén la posibilidad de enmendar los actos defectuosos sin necesidad de anular los subsiguientes, caso en el cual no estaríamos en presencia de una verdadera situación de reposición por no conllevar dilación en el curso del proceso.

F.- PRINCIPIOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD DE LAS PARTES: PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN E IGUALDAD DE LAS PARTES Y PRINCIPIO DE UNILATERALIDAD DEL PROCESO

[22].- Ver: COUTURE, Eduardo J.: *Vocabulario Jurídico.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 465.

El principio de contradicción supone que los actos procesales se realizan con intervención de todas las partes acreditadas en el proceso, las cuales pueden hacer alegaciones, oposiciones o pedimentos en relación con las diligencias de que se trate o sobre los alegatos o pedimentos de la contraparte. El principio de contradicción está estrechamente ligado al principio de igualdad de las partes, puesto que no puede concebirse su participación en los actos procesales, sino sobre la base de una absoluta igualdad de oportunidades, ya que lo contrario sería lesivo al derecho a la defensa como desideratum supremo de legalidad del proceso. Por tanto, las situaciones donde se excluya la contradicción o se limite la igualdad de las partes deben estar expresamente establecidas por el legislador.

En el sistema acusatorio rige con toda su intensidad y como *conditio sine qua non* el carácter contradictorio de la actuación de las partes.

En este punto es necesario formular una doble aclaratoria. En primer lugar, mucho se ha debatido en la doctrina acerca de la existencia o no de partes en el proceso penal, teniendo en cuenta que muchos autores consideran que el acusado, por las lógicas desventajas que acarrea su condición, no puede ser considerado como verdadera parte en el proceso penal, y cuando ya parecía resuelta esta cuestión en el campo de la Ciencia Procesal, apareció Francesco Carnelutti, ya en las postrimerías de su fructífera vida, con su obra *Lecciones sobre el Proceso Penal*, en 1946, para dar marcha atrás a sus antiguas concepciones sobre la contradictoriedad y contenciosidad del proceso penal, para describirlo como un mero proceso de jurisdicción voluntaria donde el Estado, a través del Ministerio Público y mediante los órganos jurisdiccionales, busca fijar la existencia del hecho punible y sus consecuencias, una de las cuales es la determinación de la responsabilidad de la persona acusada.

No podemos pasar por alto, sin embargo, el hecho de que la Ciencia del Derecho procesal penal, siguiendo al Procesal Civil, ha dividido los sujetos del proceso penal en tres categorías:

1.- El sujeto decisor súper ordenado, es decir, el Juez o tribunal;

2.- Las partes o sustentadores de las posiciones opuestas en la relación jurídico-procesal, que serían, por una parte, los acusadores (el fiscal, el acusador privado y el acusador popular, en sus respectivos casos, la víctima y los perjudicados o agraviados) y, por la otra parte, el acusado y sus defensores; y

3.- Los simples intervinientes (testigos, peritos, depositarios, auxiliares de la función judicial, etc.).

Por tanto, y a pesar de la genialidad especulativa de la mente prolífica de Carnelutti, es absolutamente posible hablar de «partes» en el proceso penal y nadie discute hoy este aserto en punto al juicio o debate oral y público, y ésta sería la primera vertiente de nuestra imprescindible aclaratoria. La segunda se refiere a que la existencia de partes, y por tanto de contradictoriedad y contenciosidad

en el proceso penal acusatorio, no se debe limitar exclusivamente al juicio oral, sino debe extenderse a la llamada fase sumarial o preparatoria del juicio oral.

Pero el estudio de los sujetos en la fase preparatoria del proceso penal entraña ciertas dificultades en la observancia de las categorías de sujetos antes expuestas, que más bien parecen atenerse al comportamiento de los participantes en el proceso a partir de la formulación de la acusación formal o de la apertura o convocatoria a juicio oral.

Sobre este particular el maestro español Leonardo Prieto-Castro nos dice:

> Deliberadamente empleamos el concepto de «sujetos» del proceso penal, eludiendo el de «parte», porque si este término es perfectamente aplicable para otros órdenes del derecho procesal, no es completamente claro ni pacífico que en el proceso penal existan partes con la misma significación que en aquellos otros [...]. La primera dificultad que se puede oponer al empleo incondicionado del concepto de «partes» [continúa el citado autor] es que en la fase llamada de «sumario» –instrucción sumario– [...] mal se podrá hablar de ellas, toda vez que el protagonista que se toma en consideración, distinto del juez, es una persona a quien se atribuye la comisión de un hecho tipificado por la ley penal [...] y la segunda dificultad que surge, ahora en toda clase de proceso penal, es que no existe un sujeto que, con una base real o presunta de derecho subjetivo o interés, pretenda, como en el proceso civil, una tutela jurídica que es la causa determinante de la actuación del órgano jurisdiccional [...].[23]

Es evidente que no resulta fácil hablar de partes en la fase preparatoria del proceso penal, e incluso la doctrina rusa y soviética llegó a negar la existencia de «partes» en el proceso penal, al considerar, erróneamente, esta concepción como «burguesa» y por estimar, además, que siendo el Fiscal el representante del organismo controlador de la legalidad, no podía ser parte interesada en el proceso, sino solo parte de «buena fe» (y de buena fe está empedrado el camino del infierno). Todavía hoy, a varios años de haber caído el régimen comunista en Rusia, el Código de Procedimiento Penal de la Federación Rusa, aprobado al calor de aquellas viejas ideas, conserva la denominación genérica de «participantes» *(uchastnikiye)* en el proceso penal (Capítulo III del Título I del Libro I) e incluye entre éstos solo al acusado y su defensor, al sospechoso como categoría propia de la investigación preliminar, a la víctima, al actor civil y a sus respectivos representantes y finalmente a los traductores o intérpretes.

En mi opinión, la posibilidad de la consideración de «partes» con posiciones definidas en la fase preparatoria o sumario, es una cuestión perfectamente resuelta en la lógica procesal, pero que debe materializarse en una voluntad política, legislativa y jurisprudencial, que ponga las cosas en su

---

[23] .- Ver: PRIETO-CASTRO, Leonardo: *Derecho Procesal Penal.* Editorial Tecnos, Madrid, 1982, págs. 109-110.

justo lugar. Si analizamos los argumentos del citado Prieto-Castro, veremos que en un verdadero régimen de legalidad no se justifica la aceptación «per se» de la inferioridad procesal del imputado, quien en tanto tal, tendrá que soportar determinadas restricciones personales y patrimoniales (cuya disposición solo puede fundarse en la ley), en tanto que, no habiendo sido declarado aún culpable por sentencia firme, podrá gozar de todos los beneficios de la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, la no autoincriminación, el derecho a la defensa, el derecho de última palabra y la prohibición de *reformatio in pejus*, principios todos éstos que, como acertadamente expresa el profesor cubano Antonio Rodríguez Gavira: «...son los instructores, fiscales y jueces los llamados a tenerlos siempre presente, lo cual no siempre ocurre»[24]. Y es que ahí precisamente es donde radica la necesidad de la voluntad política encaminada a lograr esa observancia de principios que son consustanciales al logro de la verdad objetiva y del respeto a la dignidad humana que un verdadero Estado de Derecho democrático entraña. Prieto-Castro, con todo el respeto que su rango doctrinario nos merece, fue un hombre del franquismo, formado en los cánones más estrictos de la derecha española de principios del siglo XX, y de ahí su visión sobre la fase sumarial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española (LeCrim), que hacía tábula rasa de la presunción de inocencia, en contraposición de la posición del eximio liberal Alonso Martínez, quien en la exposición de motivos de aquella ley, en 1882, decía al rey Alfonso XII lo siguiente:

> El Ministro que suscribe, de acuerdo con sus colegas, no ha vacilado en aconsejar a Vuestra Majestad que dé un paso más en el camino del progreso, llevando en cierta medida el sistema acusatorio al sumario mismo, que es, después de todo, la piedra angular del juicio y la sentencia. En adelante el Juez instructor, por su propia iniciativa y de oficio, podrá, o mejor dicho, deberá acordar que se comuniquen los autos al procesado desde el momento en que la publicidad y la contradicción no sean un peligro para la sociedad interesada en el descubrimiento de los delitos y en el castigo de los culpables. Si no se hace espontáneamente en el plazo de dos meses, contados desde que se incoó la causa, la ley da al acusado el derecho de solicitarlo, ya para preparar los elementos de su defensa, ya también para impedir, con su vigilante intervención y el empleo de los recursos legales, la prolongación indefinida del sumario. En todo caso, antes y después de los dos meses, el que tenga la inmensa desgracia de verse sometido a un procedimiento criminal gozará en absoluto de dos derechos preciosos, que no pueden menos de ser grandemente estimados dondequiera que se rinda culto a la personalidad humana: uno, el de nombrar defensor que le asista con su consejo y su inteligente dirección desde el instante en que se dicte auto de procesamiento; y otro, el de concurrir, por sí o debidamente representado, a todo reconocimiento judicial, a toda inspección ocular, a las autopsias, a los análisis químicos, y en suma, a la práctica

[24].- Ver: RODRÍGUEZ GAVIRA, Antonio: "Los Principios del Derecho Procesal Penal cubano", en *Revista Jurídica*. N° 12, Julio-Septiembre de 1986, Ministerio de Justicia de Cuba, La Habana, 1986.

> de todas las diligencias periciales que se decreten y puedan influir así sobre la determinación de la índole y gravedad del delito como sobre los indicios de su presunta culpabilidad[25].

Por otra parte, es muy cuestionable esa «falta real o presunta de derecho subjetivo» que Prieto-Castro atribuye a los sujetos de la acusación, pues ello es contrario a la concepción misma del Derecho como fuente de responsabilidad, que establece siempre con antelación al acto justiciable, los derechos y las obligaciones de los que intervienen en las relaciones jurídico-materiales y que, en caso de infracciones, se proyectan en el proceso, en el cual habrá siempre un sujeto activo concreto en procura de tutela jurídica para su derecho quebrantado o vulnerado.

La clave de esta cuestión reside, a mi juicio, en la aceptación sin reservas del principio de contradicción en la fase preparatoria del proceso penal, lo cual, a la larga, será la vía para convertirlo en un proceso monofásico concentrado donde pueda determinarse directamente y sobre bases procedimentales democráticas, la delictuosidad del hecho imputado, la culpabilidad y la responsabilidad de los acusados.

Refiriéndose a esto, el profesor ruso Valery Savitski, quien junto a su compatriota Andrei Yaklovev y al ucraniano Gleb Changuli, formaron el más destacado trío de procesalistas penales de la desaparecida Unión Soviética, opinaba ya en 1984, cuando se avizoraba el ocaso del comunismo, que:

> [...] el verdadero principio del procedimiento judicial [civil y penal] no es la igualdad de las partes –que constituye solo la premisa para establecer la verdad– sino la posibilidad misma, garantizada por la ley, de que haya litigio, lucha de opiniones, lo cual lleva a que el tribunal pueda adoptar una solución correcta. Es imposible no estar de acuerdo con que la materialización consecuente del principio de la competitividad [contradicción] solo es posible si las partes tienen igualdad de derechos procesales. En este sentido el principio de la igualdad de las partes constituye una de las premisas indispensables del principio de competitividad[26].

El principio de unilateralidad en el proceso implica la existencia de una sola parte reclamante, como sucede en los procesos de jurisdicción voluntaria o la supremacía absoluta del juez, con olvido de los derechos de las partes, como ocurre en el juicio penal inquisitivo, carentes absolutamente de contradicción.

G.- PRINCIPIOS ATINENTES A LA DISTRIBUCIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES EN EL TIEMPO: PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN Y PRINCIPIO DE DISPERSIÓN

---

[25].- Ver: ALONSO MARTÍNEZ, Manuel: "Exposición de motivos a la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882", en *Ley de Enjuiciamiento Criminal* por Alberto del Junco y José Portuondo, Editora Cultural, S.A., La Habana, 1946.

[26].- Véase: *Bases Constitucionales de la Justicia en la URSS.* Academia de Ciencias de la URSS, Moscú, 1984, pág. 215.

La concentración como principio procesal supone que los actos procesales deban realizarse con la mayor aproximación en el tiempo posible, e incluso en un mismo día, mediante un acto complejo. El principio de concentración propende de manera decisiva a la celeridad procesal, ya que el acercamiento de los actos procesales acorta los lapsos y hace más expedito el juzgamiento.

El juicio oral, como parte fundamental del proceso acusatorio, se caracteriza por el primado del principio de concentración, es decir, por el hecho de que durante su realización se concentran en un solo acto los pedimentos y pretensiones de las partes, la práctica de las pruebas de diversa índole y los informes conclusivos de las partes, lo que, como es fácil entender, contribuye decisivamente a la celeridad procesal.

En contraposición a esto, el juicio penal seguido por el sistema inquisitivo carece en absoluto de concentración, pues el carácter fundamentalmente escrito de las actuaciones, trae como consecuencia que éstas deban evacuarse, como regla, una por una y separadamente. Por ello se dice que en el sistema inquisitivo rige el principio de dispersión de los actos procesales.

H.- PRINCIPIOS QUE RIGEN EL ACCESO A LOS ACTOS PROCESALES: PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y PRINCIPIO DE SECRETIVIDAD

El principio de publicidad implica, por una parte, que las partes de un proceso tengan asegurado el conocimiento de todas las actuaciones y, fundamentalmente, de aquellas que le perjudican u obran en su contra, a fin de que puedan ejercer los medios de defensa adecuados, y por otra parte, el principio de publicidad implica el acceso del público en general a contemplar los actos procesales.

El sistema acusatorio de juzgar y su correlato necesario, el juicio oral, representan la máxima concreción del principio de publicidad de los debates procesales. En este estado es bueno aclarar que la publicidad como principio procesal y como manifestación del carácter democrático del proceso judicial, tiene dos manifestaciones distintas y complementarias: la publicidad *inter partes* y la publicidad *erga omnes.* La primera se refiere al libre acceso que deben tener las partes, y fundamentalmente el acusado en el caso del juicio penal, a las actas y expedientes del proceso; y la segunda se refiere al acceso de terceros, por una parte a dichos autos, y, por otra parte, a la realización a la vista del público de los actos procesales que se desarrollan oralmente. De ahí que normalmente el juicio oral sea catalogado como «público» y que, en realidad a los efectos del proceso acusatorio y democrático deba hablarse, precisamente, de «juicio oral y público».

Sin embargo, es necesario recordar aquí que la publicidad que se mantiene a todo lo largo del proceso penal acusatorio es la publicidad *inter-partes,* en tanto que la publicidad *erga omnes* solo se pone de manifiesto en el juicio oral propiamente dicho. Asimismo, la verdadera publicidad *erga*

omnes es privativa del juicio oral, pues el público solo puede conocer directa y eficientemente los actos que consiga presenciar, ya que si bien los expedientes penales en el sistema inquisitivo son públicos *erga omnes* en fase de plenario, el gran público no puede, ni por sí, ni por medio de los medios audiovisuales, ocurrir a los archivos de los tribunales para imponerse de las actuaciones, pues el carácter escrito de éstas desestimula y entorpece tal empeño.

Por otra parte, es característica común de todo procedimiento penal regido por pautas acusatorias y orales, el hecho de que solo pueden ser apreciadas, a los efectos de la sentencia definitiva que deba dictarse en primera instancia, las pruebas practicadas o evacuadas en el juicio oral y en la forma en que allí se produjeron. De tal manera, que un testimonio producido en la investigación preliminar ante la policía, el fiscal o el juez de instrucción, sustanciación, procesamiento, de control de la investigación o como se llame, por muy importante que pudiera parecer, no tendrá valor alguno si no se reproduce en el juicio oral. Asimismo, si un testigo cambia el contenido de su deposición en el juicio oral o un perito o experto modifica igualmente sus conclusiones, con respecto a lo que habían dicho en la investigación preliminar, entonces tal testimonio y tal experticia deberán, so pena de nulidad, ser valorados de conformidad a como se produjeron en el juicio oral. Esto se justifica por el hecho de que el foro oral y público es más propicio para la libertad de opinión y la libre emisión del pensamiento que las habitualmente oscuras y sobrecogedoras dependencias de las comisarías o jefaturas de policía, donde suelen hacerse las declaraciones de testigos y peritos en la fase de investigación, muchas veces sin la presencia del acusado o imputado y su defensor.

Es necesario hacer notar aquí que el sistema acusatorio posee otras características menos importantes que, por ello mismo han sido combinadas o sustituidas por otras formas provenientes del sistema inquisitivo. Éste es el caso del principio absoluto del juzgamiento en libertad, que se mantiene en la inmensa mayoría de los ordenamientos procesales penales dominados por los rasgos del sistema acusatorio, pero de forma atenuada, expresado como «principio de la libertad como regla», ya que en esos ordenamientos existe una serie de delitos y circunstancias que autorizan a poner al imputado tras las rejas mientras dura el proceso. La misma suerte ha corrido el principio de la oralidad absoluta de los actos, pues no existe en la actualidad ninguna forma de sistema acusatorio que no contenga una buena porción de escritura de los actos procesales, lo cual, después de todo, es una necesidad ineludible de la seguridad jurídica. A fin de cuentas, estos principios no esenciales del sistema acusatorio pueden ser parcialmente sacrificados en aras de mejores causas sin desmedro del contenido fundamental del acusatorio.

Por otra parte, los sistemas regidos por el sistema inquisitivo suelen fundarse total o parcialmente en el principio de secretividad de las actuaciones, que consiste en la negación a las partes, y fundamentalmente a los acusados en procesos penales, el conocimiento del contenido de las actuaciones o expedientes del proceso, lo cual limita, y hasta anula, el derecho a la defensa. Esta situación es moderna, conocida como «secreto sumarial».

En el medievo, sobre todo durante el primado de los procedimientos de la Inquisición, el secreto de las actuaciones fue total, pues el acusado nunca sabía, ni aun después de pronunciada la sentencia, quién le denunció, ni por qué, ni qué pruebas se usaron en su contra, aparte de que la confesión era considerada la reina de las pruebas y siempre se torturaba para arrancar una confesión al reo. Una frase muy conocida, cuya autoría se atribuye a diversos pensadores, expresa con toda claridad el horror de los procedimientos inquisitivos medievales: «...torturaban para saber si debían torturar...».

Los procedimientos inquisitivos que aún, en la última década del siglo xx, se conservaban en países democráticos, fundamentalmente en América Latina, solo consagran el secreto sumarial en la fase investigativa del proceso penal, generalmente conocida como sumario, en tanto que establecen el principio de publicidad, en su modalidad ínter partes, en la etapa de plenario o contradictoria del proceso penal, lo que, empero, no llega a atenuar el efecto restrictivo del secreto sumarial, pues esos ordenamientos procesales parten del principio de que las pruebas acopiadas en el sumario son plenamente válidas para ser apreciadas en la sentencia definitiva, si no son desvirtuadas en el sumario, lo cual constituye una clara inversión de la carga de la prueba en contra del acusado.

4.- LOS PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Como ya advertimos antes, los principios específicos del proceso penal son principios que informan el actuar del juzgador, pero con relación al objeto del proceso, es decir, respecto al hecho justiciable y sus probables protagonistas. Se trata, pues, de formas de conducta que debe asumir el juzgador en el curso de la averiguación y del enjuiciamiento respecto a los hechos que se someten a su consideración y a la conducta de las personas que son juzgadas. Veamos a continuación, cuáles son los más importantes principios procesales que se derivan de la naturaleza del proceso penal.

A.- PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

El principio de oficialidad, también llamado por algunos autores «de legalidad» o de «indisponibilidad»[27], puede definirse, parafraseando al maestro italiano Vincenzo Manzini[28], como el monopolio del Estado para conocer y resolver, de forma obligatoria, ineludible y excluyente, toda controversia derivada de la presunta comisión de un hecho punible.

El proceso penal es de orden público, es decir, se establece o incoa por el Estado y en favor del interés público, que es la razón de ser de su tutela por encima del interés personal de víctimas y agraviados. Este principio es la consecuencia necesaria de la completa asunción por el Estado, a partir del medievo temprano, de la facultad de calificar, perseguir y condenar el delito, reduciendo la venganza privada a una mera vía civilizada de ejercicio de la acción penal privada con mayor o menor subordinación a la acción pública. El proceso penal es, por tanto, eminentemente público, obligatorio para el Estado e indisponible para los particulares.

El principio de oficialidad se extiende mucho más allá del proceso penal, pues comprende esa condición previa al proceso penal que es la facultad de determinar qué es delito, así como la administración de los órganos penitenciarios, aun cuando respecto a este último punto haya algunas experiencias para la privatización de la función penitenciaria.

En materia de proceso penal el principio de oficialidad representa, en la práctica, la obligación del Estado de incoar la respectiva investigación penal ante cualquier elemento de convicción que indique que se ha producido un hecho punible, al tiempo que impedir cualquier intento de los particulares para evadir el proceso penal y para adoptar venganzas privadas ilegales o para llegar a formas de reparación del delito fuera del control de los órganos del Estado. En resumen, el principio de oficialidad es la materialización de*l ius puniendi* y del *ius persequendi* del Estado.

El principio de oficialidad es observado por todas las legislaciones procesales penales modernas, pero lo hacen con distinto grado de rigor, pues algunos, como es el caso de las vetustas leyes inquisitivas predominantes en buena parte de América Latina, lo aplican de manera inflexible, sin que sea dado a los particulares arribar a ninguna forma de autocomposición, en tanto que otros, como la Ordenanza Procesal Alemana y los ordenamientos procesales de los Estados de la Unión Americana, permiten un mayor grado de disponibilidad a los implicados.

El principio de oficialidad y su corolario, el de legalidad, tienen dos excepciones muy concretas: la querella o acción penal privada, que permite a la víctima satisfacer su vindicta directamente, bajo las circunstancias establecidas en cada legislación concreta; y el llamado principio

---

[27].- Ver: SEVILLA, Heddy: *Anotaciones teóricas sobre aspectos del Proceso Penal*. Editorial Buchivacoa, Capatárida, Estado Falcón, 1994. Contiene un estudio comparativo de los principios fundamentales del proceso penal sobre la base del trabajo de los más eminentes procesalistas venezolanos y extranjeros.

[28].- Ver: MANZINI, Vincenzo: *Derecho Procesal Penal.* Ediciones EJEA, Buenos Aires, 1951, Tomo I, pág. 259.

de oportunidad, que permite a fiscales y jueces abstenerse de perseguir a ciertos imputados por razones humanitarias o de conveniencia para el Estado, como explicaremos más adelante.

B.- PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El principio de oportunidad, también denominado «de discrecionalidad», consiste en la posibilidad que la ley brinda a los órganos encargados de perseguir el delito, fundamentalmente al Ministerio Público y a los tribunales, de abstenerse de perseguir a ciertos imputados en un proceso penal determinado.

El principio de oportunidad tiene dos causas fundamentales de procedencia:

1.- *Por razones humanitarias.* Se trata de situaciones en las cuales el proceso mismo y una eventual condena penal serían absolutamente desproporcionados en razón del carácter nimio, de vagatela o insignificante del delito imputado o porque el propio imputado haya sido quien realmente ha sufrido las consecuencias de su propia acción punible, y por ello los fiscales o los jueces vienen obligados a no agravar su situación personal con cargas procesales innecesarias a los fines últimos del derecho penal. Estas consideraciones obedecen a las más modernas y progresistas concepciones del Derecho penal, que consideran que el Estado, en el uso del *ius puniendi* no debe causar mayor desgracia que la que el delito que se pretende castigar ha causado y que no es posible solucionar un problema creando otro problema, quizás más grave.

2.- *Por razones de Estado.* Ocurre en las formas más peligrosas de delincuencia organizada cuando los órganos rectores de la persecución del delito consideran conveniente omitir la persecución penal de algún implicado de menor rango a cambio de la colaboración del imputado beneficiado para incriminar a los llamados «peces gordos», o cuando las escandalosas consecuencias del delito pudieran afectar sensiblemente la seguridad del Estado, o por mera consideración personal hacia el imputado. En realidad se trata de formas severamente cuestionadas, pues, en el primer caso, el testimonio de los arrepentidos, en algunas ocasiones, alcanza ribetes de dramático, ya que tales deposiciones suelen ir de dudosas a francamente infundadas o falsas, puesto que el arrepentido, por salvarse, suele implicar literalmente a su progenitora. Sin embargo, este tipo de figura es sumamente útil para el esclarecimiento de delitos sumamente graves, y por ello mismo la sociedad no puede renunciar a ella. En el segundo caso, en ocasiones se decide no procesar a un individuo no para proteger realmente los intereses de la nación, sino para encubrir a personeros del gobierno, lo cual es una forma de miserable impunidad. Y finalmente, allí donde existe la figura del llamado *indulto procesal* o perdón presidencial del imputado en el curso del proceso, es probable que esa forma atípica de principio de oportunidad se emplee para liberar de responsabilidad penal a un amigo del poder[29].

[29].- Según la opinión del profesor Bayardo Ramírez Monagas en Venezuela, antes de la promulgación del COPP han existido, como formas del principio de oportunidad, la consagrada en el artículo 68 de la Ley Orgánica de

Otra cuestión espinosa en la aplicación del principio de oportunidad es la determinación del órgano o funcionario que debe decidir sobre este particular. En un sistema inquisitivo puro o cuasi puro, esa misión correspondería al juez de la causa, y en un sistema acusatorio absoluto, ello sería tarea del fiscal. Sin embargo, en los ordenamientos procesales acusatorios cuasi puros, donde ciertas decisiones del Ministerio Público deben ser consultadas o controladas por los jueces, el principio de oportunidad debe ser solicitado por el fiscal al juez. De tal manera el fiscal no podrá decidir por sí mismo el no procesar a un sujeto determinado sin autorización del juez, ni tampoco éste podrá decretarlo *motu proprio* si no media solicitud del fiscal.

Aquí hay que destacar que la prescindencia total o parcial de la acción penal a que se refieren ciertas formas del principio de oportunidad es de orden tanto objetivo como subjetivo, o sea, se trata de que el fiscal puede solicitar, a tenor de esta institución, el proceder contra una persona por unos delitos y omitir la persecución por otros, en un mismo juicio; así como también podrá el fiscal, en un hecho donde concurran varios imputados, acusar a unos y a no a otros. En estos casos, la acción penal se extingue respecto a los delitos por los cuales se prescinda de la persecución penal y, cuando la prescindencia del ejercicio de la acción se funde en la insignificancia del hecho, esta decisión se extenderá en sus efectos a todos los involucrados en el delito o falta eximido.

El efecto extensivo en estos casos es de simple lógica, pues las circunstancias del hecho son absolutamente objetivas y la no persecución en virtud del principio de oportunidad, en esta oportunidad, no estribaría en las condiciones personales de ningún imputado, sino precisamente en la nimiedad del hecho.

C.- PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es una regla imperativa del ordenamiento procesal que prohíbe a los órganos del Estado y a los particulares, dar al imputado un tratamiento como si estuviere condenado por sentencia firme. Por tanto nadie puede hacerle derivar las consecuencias de una condena antes de que ésta haya recaído en el proceso y ganado firmeza; no podrá dársele el tratamiento de culpable en la prensa, ni se podrán tomar medidas disciplinarias laborales o gremiales en su contra sobre la base de una responsabilidad adelantada, ni se le podrá restringir sus derechos procesales por suponérsele ya culpable.

Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1992 derogada, en los artículos 224 al 226 del derogado Código de Justicia Militar, cuando el funcionario de justicia militar correspondiente no expidiese la orden de proceder y en el artículo 312 del Código de Enjuiciamiento Criminal. Ver: RAMÍREZ MONAGAS, Bayardo: "El Régimen de la Acción Penal. Principios de Legalidad y Oficialidad. Principio de Oportunidad y Acuerdos Reparatorios", en *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal.* UCAB, Caracas, 1998, pp. 86-89.

Entre los principios esenciales y específicos del proceso penal éste es el más importante, ya que determina el estado procesal del imputado durante la investigación y enjuiciamiento, impidiendo que se le confiera un trato que le prive de sus derechos civiles o políticos, así como un juicio justo.

La presunción de inocencia entra en cierta colisión con el hecho de la detención preventiva en el proceso penal y sobre esto es necesario hacer algunas precisiones. Es cierto que todas las legislaciones procesales establecen un margen mínimo para considerar fundadamente que el imputado es responsable del delito que se le imputa y, por tanto, para ordenar su detención judicial, y comoquiera que éste es un pronunciamiento casi siempre interlocutorio, resulta un tanto contraproducente que se le considere como probable autor de un hecho punible a los efectos de la prisión preventiva y se afirme, por otra parte, que se le presume inocente hasta sentencia definitivamente firme.

Sin embargo, no es menos cierto que en los sistemas procesales caracterizados por el respeto a la dignidad y los derechos humanos, la privación judicial de libertad del imputado, como medida cautelar extrema, no implica que en otros órdenes se considere culpable al imputado antes de la sentencia definitivamente firme, aun cuando el encarcelamiento del imputado sea una muy seria limitación de sus derechos.

Por otra parte, la prisión preventiva en el sistema acusatorio, siendo excepcional, es una medida extrema de aseguramiento del imputado a la que no puede renunciar la sociedad, particularmente en los delitos muy graves, pues allí el interés colectivo debe privar sobre el interés particular del imputado. Por esta razón siempre hemos pensado que este conflicto debe resolverse sobre la base de la fórmula práctica de que la presunción de inocencia es inversamente proporcional a la fortaleza de los elementos de convicción que obren en su contra, al solo efecto de la determinación de una medida cautelar de prisión provisional. Será muy difícil a un imputado, en cuyo domicilio hayan encontrado el cadáver de su vecino, al que testigos le oyeron amenazar de muerte, convencer al juez de que no hay razones para decretar su prisión provisional, aun cuando sea inocente y alegue que todo es producto de un complot, pues sencillamente el juez no lo sabe, y solo se ve ante tan poderosos elementos de convicción.

La presunción de inocencia se justifica por cuanto la condición de acusado y mucho más la de imputado, debe ser asumida en una sociedad democrática, como una forma circunstancial y potencial del ser social, que necesita como reafirmación de la condición ciudadana y por vía de la presunción de inocencia, del derecho a la defensa que atempere los ímpetus de la fuerza formidable de la vindicta pública. Dicho en otras palabras, cualquiera puede, alguna vez en la vida, resultar acusado de un delito, y por lo tanto, la persona que se encuentre en tan incómoda posición, necesita gozar de la garantía de la presunción de inocencia para enfrentarse en igualdad de condiciones a la potencia demoledora de la organización punitiva del Estado, materializado en los cuerpos policiales, el Ministerio Público, el Poder Judicial, las presuntas víctimas y perjudicados y, en ocasiones, la

prensa amarillista, los políticos oportunistas y las organizaciones no gubernamentales (ONGs) de zigzagueante conducta y fines no siempre muy claros.

En la práctica, la presunción de inocencia se concreta en la obligación que tiene toda parte acusadora de probar, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del acusado, la garantía irrestricta de su derecho a la defensa y en la prohibición de adoptar contra el acusado cualquier medida cautelar que pudiera convertirse en irreparable y equiparable a un fallo definitivo de culpabilidad, como podría ser una prisión cautelar prolongada o el remate de sus bienes asegurados; así como la prohibición de que se emitan pronunciamientos oficiales por policías, fiscales o jueces que consideren al acusado como culpable antes de la decisión definitiva que legalmente corresponda.

D.- PRINCIPIO DE *IN DUBIO PRO REO*

Consiste en un mandato legal que obliga a los juzgadores a decidir a favor del imputado o acusado cuando no exista certeza suficiente de su culpabilidad, pues si la finalidad del proceso penal prevista en dicha norma es la búsqueda de la verdad material, entonces una sentencia condenatoria solo podrá basarse en la certeza de los juzgadores y no en la duda, que deberá obrar siempre en favor del reo.

El principio *in dubio pro reo* no es, ante todo, un regulador de la valoración de la prueba que la ley impone a los juzgadores y que se corresponde plenamente con su par anglosajona la "*reasonable doubt*" o duda razonable. La aplicación de estos principios surge cuando el análisis concordado de las pruebas obrantes en el proceso, se observa que existen evidencias que apuntan en un sentido u otro (culpabilidad e inocencia) sin que ninguna pueda arrojar resultados concluyentes. lo mismo sucede cuando, existiendo solo pruebas de cargo, éstas no alcanzan para formarse un juicio concluyente acerca de la culpabilidad del procesado, bien sea por la posibilidad de un ser otro o por la falta de concordancia grave y de consecuencia entre los hechos demostrados a través de las pruebas disponibles y los hechos objeto del proceso.

E.- PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

Consiste en que el proceso esté diseñado de manera tal que permita el respeto irrestricto del derecho a la defensa tanto del imputado como de la víctima, así como que asegure el primado de la presunción de inocencia y la búsqueda de la verdad material, etc. Como puede apreciarse, el principio del debido proceso es una prescripción vehicular en la que necesariamente deben acarrearse otros principios del proceso penal, pues si no existe el uno no existirán los otros, y viceversa. Éste es,

precisamente, el sentido que las Constituciones modernas confieren al debido proceso, con el cual se articulan el derecho a la defensa, el acceso a las actuaciones y a las pruebas, la legalidad de la prueba, la presunción de inocencia, el derecho a la audiencia, el principio del juez natural, la no autoincriminación, la legalidad de los delitos y las penas, la única persecución, la cosa juzgada y la responsabilidad de los jueces.

F.- PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL

Como ya se ha dicho, el proceso penal se funda en la búsqueda de la verdad material, a diferencia del proceso civil que se funda en la búsqueda de una verdad formal, bajo el principio de que «lo que no está en los autos no está en el mundo».

Según el gran doctrinario italiano Giovanni Leone[30] lo antes afirmado no implica que el juez civil deba contentarse con una verdad formal, sino que los medios utilizados para el conocimiento de la verdad en el proceso penal tienen que ser por fuerza más amplios que los que se disponen en el juicio civil, que no es lo mismo pero es igual. Hay que recordar que si bien en cuanto a juicio oral las posibilidades del juez de lo penal en el sistema acusatorio son tan limitadas (ver art. 359 COPP) como las del juez de lo civil para buscar pruebas para mejor proveer (ver art. 401 CPC), en el proceso penal el Estado es parte a través del Ministerio Público, que generalmente es instructor y acusador, y ello implica que propenderá, con independencia de la actividad probatoria del imputado y de la víctima, a buscar la verdad última, en tanto que en el proceso civil la actividad probatoria es absolutamente facultativa de las partes y está sujeta a oportunidades más precisas y reducidas y sometida a fuertes reglas legales de valoración, que generalmente no existen o están más atenuadas en el procedimiento penal.

El problema de la verdad, al igual que el de su antesala: la prueba, es de alto vuelo filosófico porque atañe a la gnosis o conocimiento, que es el fundamento mismo de la acción conciente de los seres humanos, de importancia decisiva para el proceso penal a la hora de determinar cuales son los hechos ciertos a los cuales debe aplicarse la ley.

El proceso penal, por el interés social que la solución de los conflictos derivados de la comisión de delitos suscita, rebasa con mucho la esfera privada de los intervinientes, rectora de los procesos dispositivos (civil, mercantil, etc.), obligando a las partes y al tribunal a buscar la verdad «verdadera». Este principio debe ser manejado con especial cuidado en los casos de formas de terminación anticipada del proceso penal, como son la admisión de los hechos por el imputado y los acuerdos reparatorios, e incluso este precepto puede servir de

[30].- Ver: LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho Procesal Penal y Doctrinas Generales.* Ediciones EJEA, Buenos Aires, 1963, Tomo I, pág. 187. . Ediciones EJEA, Buenos Aires, 1963, Tomo I, pág. 187.

fundamento a la negativa de un juez o tribunal a aprobar cualquiera de esas solicitudes, si ello contribuye a ocultar la verdad material en perjuicio del siempre prevaleciente interés social, aun cuando no niego que ello está sujeto a interpretaciones diabólicas.

Si, de interpretaciones diabólicas se trata, porque sin desmedro de lo dicho antes, en el sistema acusatorio la búsqueda de la verdad «verdadera» solo puede acometerse dentro de la actividad probatoria de las partes. Esto quiere decir que el juez o tribunal cognoscente tiene que buscar la verdad en el material probatorio que haya sido allegado por las partes al proceso o que sea sugerido por la actividad de aquellas, pero nunca sobre la base de la actuación oficiosa descontrolada. De ahí que en el sistema acusatorio, los jueces de no tengan otra forma de actividad probatoria que aquella de ordenar al fiscal la práctica de las diligencias de investigación que les hayan solicitado el imputado y la víctima y que aquel les haya negado, así como una muy limitada facultad de prueba para mejor proveer, en el juicio oral, siempre dentro de los marcos del objeto del proceso, el cual no puede ser desorbitado ex oficio.

En realidad, la búsqueda de la verdad «verdadera» en el proceso penal significa que el juez puede dar por cierto aquello que dimana de la evidencia aportada por las partes al proceso analizada por separado o de manera conjunta, aun cuando las partes mismas afirmen otra cosa. Se trata de aquellas situaciones donde a pesar de la confesión del imputado las pruebas indican otra cosa, o donde las estipulaciones probatorias hacen *tábula rasa* de circunstancias relevantes demostradas en autos. Pero en ningún caso la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso puede servir de pretexto para subvertir las reglas del acusatorio y convertir a los jueces en investigadores insaciables, que se pasen de lúcidos supliendo las deficiencias de los investigadores policiales y del Ministerio Público. Ya no es el tiempo de aquel juez sumamente corrupto que se instalaba en la sede de la policía judicial a realizar procedimientos cuya única finalidad era extorsionar a los ciudadanos italianos y portugueses, dueños de depósitos de repuestos de uso (chiveras), de agencias de loterías o de expendios de licores.

G.- PRINCIPIOS DE ÚNICA PERSECUCIÓN (*NON BIS IN IDEM*) Y DE COSA JUZGADA PENAL (*RES IUDICATA PENALE*)

El principio de única persecución es concebido por la doctrina del Derecho procesal penal de dos formas distintas, pero íntimamente relacionadas. Para algunos, el principio de única persecución no es más que una manifestación concreta del principio universal de cosa juzgada en el proceso penal, y que se refiere al llamado efecto negativo del fallo. Para otros, tiene la doble condición de asociarse tanto a la cosa juzgada como a la litispendencia.

El principio latino *non bis in idem* (o *ne bis in idem*, según el latín tardío), que en buen castellano sería algo así como «no más de lo mismo», implica que no puede juzgarse más de una vez a una persona por un mismo delito. Se trata de un principio atinente en grado sumo a la seguridad jurídica, pues su cometido o función dentro de la lógica procesal, es evitar que se produzcan fallos contradictorios.

Sin embargo el sentido que algunos códigos latinoamericanos dan a este principio, puede mover a confusión respecto a los principios de cosa juzgada y de unidad del proceso. Esta confusión puede sobrevenir, si no se aclara que la única persecución, para estos ordenamientos, consiste en que nadie puede ser perseguido penalmente, al mismo tiempo pero en diferentes causas, por los mismos hechos. De tal manera, el principio de única persecución es la forma que adopta la litispendencia en materia penal y, por tanto, su finalidad es impedir que se abran varios procesos penales a una misma persona por los mismos hechos, de manera simultánea. En cambio, la cosa juzgada, en su llamado aspecto negativo o excluyente, es la imposibilidad de abrir un nuevo proceso al mismo sujeto, por los mismos hechos que ya fueron objeto de un proceso terminado por sentencia o sobreseimiento firmes; en tanto que el principio de unidad del proceso implica la obligación de acusadores y tribunales, de juntar en uno solo proceso, los diversos que se le sigan a un imputado por distintos delitos.

Por tanto, para que funcione el principio de única persecución, es necesario que existan dos o más procedimientos, uno anterior, abierto o archivado provisionalmente y, por tanto no concluido ni por sobreseimiento ni por sentencia firme, y otro nuevo, sobre los mismos hechos y contra las mismas personas. Cuando se reconozca la existencia de una nueva persecución por los mismos hechos y contra la misma persona, el segundo proceso debe ser desestimado en su simiente o simplemente acumulado al primero, para el caso de que contuviere elementos novedosos de prueba.

La cosa juzgada en materia penal, en cambio, siendo como es, el resultado de una sentencia o de una decisión de sobreseimiento o preclusión definitivamente firmes, lo que implica que el proceso donde estas providencias hayan recaido es un proceso terminado.

La cosa juzgada penal, a diferencia de la civil, se atiene solo a dos identidades, la identidad del imputado (*aedem personnae*) y la identidad de los hechos objeto del proceso (*aedem facta subiudicium*), pues el título o causa de pedir es indiferente, no importando tampoco que el acusador sea el Ministerio Público (Fiscalía) o la presunta víctima.

La cosa juzgada penal tiene, como la civil, dos consecuencias prácticas básicas: la formal y la material. La consecuencia formal de la cosa juzgada es la que impide abrir un nuevo proceso penal contra una persona, por los mismos hechos que fueron objeto de un proceso anterior, terminado por pronunciamiento firme. La consecuencia material de la cosa juzgada penal, es la posibilidad de hacer valer los pronunciamientos contenidos en la decisión firme en otros procesos, lo cual amerita ciertas aclaraciones.

El aspecto material de la cosa juzgada penal puede considerarse respecto a un futuro proceso penal o respecto a procesos de otra naturaleza (civiles, laborales, administrativos) y, en el caso de otro proceso penal, debe analizarse si los pronunciamientos de la decisión penal firme deben apreciarse respecto a quien fue acusado en el primer proceso y figura como acusado en el nuevo proceso, o si deben apreciarse respecto a terceras personas acusadas en nuevo proceso. Toda la doctrina es unánime en admitir que los pronunciamientos de una decisión penal firme pueden hacerse valer en un nuevo proceso penal por quien fue acusado en el primer proceso y resulta acusado en el segundo, pero no existe consenso sobre si una persona distinta al acusado del primer proceso puede servirse de los pronunciamientos que se hicieron respecto a aquél; como sería el caso de quien prtenda excepcionarse aduciendo que una sentencia anterior condenó a otro como único autor del delito que ahora se le imputa, lo cual implica una clara relación de exclusión fáctica. Menos consenso existe aun sobre si los pronunciamientos no penales contenidos en una decisión firme recaída en proceso penal tienen efectos en procesos de otra naturaleza, porque la doctrina aun es mayoritaria en considerar estos pronunciamientos como *incidenter tantum* antes que *principaliter*. Eso en todo caso, dependerá de lo que las leyes establezcan al respecto o de lo que la jurisprudencia pueda establecer sobre las bases de la racionalidad del ordenamiento jurídico y del caso en particular.

Es obvio, que quien figuró como imputado en un primer proceso, siempre podrá valerse, en un ulterior proceso donde se le señale, de los pronunciamientos sobre responsabilidad penal que sobre su persona hayan sido realizados en una decisión firme. Pero no es tan pacífico que una persona distinta a aquel al que se refiere la decisión firme, pueda servirse de sus pronunciamientos para excluir su responsabilidad penal en un proceso posterior donde se le incrimine. La única posibilidad de ello, es que en la decisión penal firme que se invoca, conste de manera clara y terminante, que el autor del delito, que se imputa al tercero en el nuevo proceso fue cometido, solo y únicamente, por el que figuró allí como acusado.

La cosa juzgada penal tiene también efectos diferenciables en lo subjetivo. Esta subjetividad de la cosa juzgada se refiere al hecho de que, habiendo varios acusados en una causa, la cosa juzgada puede operar para aquellos que hayan consentido la sentencia o respecto a ellos se hayan consumado los recursos procedentes, en tanto que para los demás acusados, que no hayan podido ser notificados o respecto de los cuales se hallen pendientes de decisión los recursos, no podrá considerarse la existencia de cosa juzgada.

Por otra parte, por su alcance respecto al acusado, la cosa juzgada puede clasificarse en relativa y absoluta. Será relativo el alcance de la cosa juzgada cuando la ley procesal penal establece que ésta debe ceder ante el procedimiento o recurso de revisión, es decir, cuando el proceso puede reabrirse en perjuicio del acusado por vía de revisión[31]. En cambio, el referido principio de cosa

[31].- Así es en la legislación procesal penal colombiana.

juzgada será absoluto respecto al acusado, cuando el proceso no podrá ser nunca reabierto por vía de revisión, en perjuicio del acusado.

H.- PRINCIPIO DE UNIDAD DEL PROCESO

El principio de la unidad del proceso implica que todas las personas a quienes se impute la participación en un mismo hecho, deben ser juzgadas por un mismo tribunal, aun cuando estuvieren sometidos a fueros diferentes, como en el caso de los coacusados de los altos funcionarios especialmente aforados o que gozan de antejuicios de mérito. Este principio indica, además, que todas las circunstancias que rodean a un hecho punible, aun cuando constituyan delitos diversos por sí mismas, deben ser juzgadas por un mismo tribunal.

La razón de existencia del principio de unidad del proceso, en este caso, es la evitación de sentencias contradictorias o incompatibles en materia penal, con las nefastas consecuencias que ello acarrearía desde el punto de vista de la legalidad y de la seguridad jurídica.

Al mismo tiempo el principio de la unidad del proceso contempla también la posibilidad de que todas las causas atribuidas a un mismo imputado, aun cuando fueren cometidas en tiempos distintos y lugares diferentes también deben ser juzgadas por un mismo tribunal. La causa de esta unificación de procesos es la economía procesal, pues de esta forma se favorece la unidad e interdependencia de la prueba, la celeridad procesal y la sanción conjunta *in iudicio*, que nos ahorra la unificación o consolidación de las penas en fase de ejecución.

De todo lo dicho se infiere que el principio de unidad del proceso está destinado a propiciar un estado ideal del objeto del proceso (el hecho justiciable y sus partícipes) que propenda a que el juzgamiento agote todos los pronunciamientos penales lógicamente posibles respecto a los hechos juzgados y sus circunstancias concomitantes y al grado de intervención en los mismos de cuantas personas fue posible considerar como implicadas. Este estado ideal del objeto del proceso se denomina *continencia procesal*, y es uno de los más importantes conceptos prácticos del Derecho procesal penal.

I.- LA CONTINENCIA PROCESAL

Como ya hemos explicado, el proceso penal, por su carácter adjetivo, es un cauce de trámites, formado por una sucesión de actos procesales, por el que debe discurrir la relación jurídico-penal sustantiva que se deriva de la ocurrencia real o presunta de un hecho punible. De allí se deduce que el proceso es el continente y el hecho justiciable es el contenido. La continencia procesal es el término utilizado para designar todas las particularidades de ese contenido, que algunos autores, como

Eugenio Florian[32], clasifican en principal (la relación jurídico-penal sustantiva) y accesorio (la relación jurídico-civil sustantiva, los costos del proceso, etc.). A los efectos de nuestra disertación nos importa solo el aspecto principal del contenido del proceso.

La continencia procesal tiene dos claras manifestaciones a los efectos prácticos:

a).- *La continencia subjetiva:* que se refiere a la conservación dentro de un mismo proceso de todos los sujetos que hayan intervenido o participado en los hechos justiciables. La continencia subjetiva de una causa o proceso no debe ser dividida, es decir, no debe permitirse que las personas que han intervenido en los hechos justiciables, ya sea como autores o perpetradores, autores mediatos, simples partícipes, cómplices, cooperadores, encubridores o receptadores (o como les denomine el derecho penal sustantivo) sean juzgadas en procesos separados, pues ello puede dar lugar a sentencias contradictorias, incompatibles o simplemente injustas en razón de las circunstancias diversas de los diferentes juzgamientos. El Derecho continental europeo, en sus distintas vertientes (romano-francesa, romano-germánica y escandinava) ha sido siempre proclive a la indivisibilidad de la continencia subjetiva de los procesos penales y así lo consagran todos sus ordenamientos procesales (ver art. 3º StPO). En cambio, los procedimientos anglosajones estipulan que los varios imputados por la comisión de un delito deberán ser juzgados por separado si de las evidencias que calzan los cargos no se deduce inequívocamente que actuaron conjuntamente[33].

b).- *La continencia objetiva:* atañe al juzgamiento de todos los hechos derivados o concomitantes de un hecho principal ante un mismo tribunal, que será siempre el competente para conocer el hecho más grave, a menos que, habiendo varios coacusados, uno de ellos arrastre a los demás al tribunal de su fuero especial. Así, por ejemplo, si durante el asalto de un banco se cometen lesiones, robo de vehículos, daños a la propiedad y, finalmente, homicidio, cometido por uno solo de los asaltantes a tres cuadras del banco, cuando un policía, a quien le pareció sospechoso, trató de detenerlo, entonces conviene juzgar todos estos hechos en un solo proceso, pues la génesis de los mismos es la misma y

[32].- Ver: FLORIAN, Eugenio: *Elementos de Derecho Procesal Penal.* Bosch, Barcelona, 1990, págs. 49-51.

[33].- Ejemplo de lo que decimos son los famosos casos U.S. *vs.* Mc. Veigh y U.S. *vs.* Nichols. Los señores Timothy Mc. Veigh y Terry Nichols fueron convictos de colocar un carro bomba que destruyó la sede del FBI en Oklahoma City en 1991 y donde murieron varias decenas de personas. Estos hombres fueron juzgados en tribunales distintos, ya que nadie los vio juntos el día del hecho y la camioneta utilizada para colocar el explosivo fue alquilada por Mc. Veigh y conducida por él hasta el lugar del crimen, en tanto que Nichols fue quien consiguió los explosivos y los colocó en el vehículo con los dispositivos para que hicieran explosión; pero nadie los vio juntos el día de los hechos. Mc. Veigh fue condenado a muerte y ejecutado por cargos de asesinato múltiple en primer grado, genocidio, terrorismo y conspiración criminal y Nichols fue condenado a cadena perpetua como cooperador en asesinato múltiple en primer grado, terrorismo, genocidio y por conspiración criminal.

todos son producto de una misma determinación delictual y no sería objetiva una visión aislada de cada uno de ellos.

5. OTROS PRINCIPIOS QUE CARACTERIZAN AL PROCESO PENAL

En el proceso penal existen otros principios procesales relativos a la cualidad, cantidad y valoración de la prueba (libertad de prueba, libre valoración, dicotomía de la prueba, comunidad de prueba, etc) y a los recursos y su forma y efectos (impugnabilidad objetiva,prohibición de reformatio in pejus, efecto extensivo, etc); pero estos principios serán debidamente explanados en los capítulos correspondientes a la prueba y los recursos respectivamente.

CAPÍTULO IV
LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA EN MATERIA PENAL

1.- JURISDICCIÓN EN GENERAL Y JURISDICCIÓN PENAL

A.- CONCEPTO DE JURISDICCIÓN EN GENERAL

La jurisdicción es un concepto absolutamente indispensable para conocer la esencia del Derecho procesal. Pero se trata de un concepto sumamente complejo y polivalente, cuya interpretación estará siempre relacionada con la situación concreta a la que dicho vocablo pretenda ser aplicado. En sentido estricto y etimológico, jurisdicción (del latín *juris dictio*: pronunciamiento del derecho) es la facultad que tiene un órgano del Estado para aplicar el derecho a hechos concretos; para establecer las consecuencias jurídicas de dichos hechos. Por tanto, la jurisdicción o facultad para aplicar el Derecho a casos concretos es siempre *objetiva, única e indivisible,* o sea, se tiene o no se tiene respecto a los asuntos de que se trate, conforme a la atribución legal correspondiente.

Pero la diversidad de situaciones en las que se puede apreciar la jurisdicción es tal, que el maestro Eduardo J. Couture[34] nos ofrece seis definiciones diferentes de jurisdicción, que expresan prácticamente todos los enfoques posibles de este concepto y las diversas posiciones doctrinales existentes al respecto.

1.- *Jurisdicción como sinónimo de Poder Judicial o Administración de Justicia*

La jurisdicción puede ser definida desde el punto de vista del conjunto de la actividad de los órganos que tienen la atribución de dirimir conflictos y controversias mediante decisiones, eventualmente ejecutables, susceptibles de adquirir fuerza de cosa juzgada. En este sentido, el concepto de jurisdicción se asimila al de Poder Judicial o Administración de Justicia, ya que alude a una función especializada del Estado. Esta es la acepción que comúnmente se da al vocablo jurisdicción en los estudios de Derecho administrativo, cuando se abordan las diferencias entre Jurisdicción (así escrito con mayúsculas) y Administración y se alude a los planteamientos de maestros como Gastón Jeze, Maurice Hauriou, León Duguit y Guido Zanobini sobre el concepto de Derecho administrativo[35].

Como dice Véscovi:

> El Estado desarrolla las tres funciones esenciales mediante los tres poderes clásicos. Como legislador, dicta la norma; como administrador, la aplica, y en ejercicio de la función jurisdiccional, resolviendo litigios o excluyendo la insatisfacción, impone dicha norma [el derecho].[36]

---

[34].- Ver: COUTURE, Eduardo J.: *Op. cit*., pág. 369.

[35] .- LARES MARTÍNEZ, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo.* 9na. edición. UCV, Caracas, 1992, págs. 17-32.

[36].- Ver: VÉSCOVI, Enrique: *Op. cit.,* pág. 117.

La definición precedente es de carácter orgánico, pues identifica a la jurisdicción con un conjunto de órganos estatales concretos y tiene importancia para el derecho procesal, porque en todos los ordenamientos jurídicos existe un conjunto de principios constitucionales y legales que atribuyen prioritaria o excluyentemente, el conocimiento de ciertos asuntos a la jurisdicción nacional, como sinónimo del conjunto de tribunales del Estado de que se trate.

Sin embargo, esta definición de jurisdicción nos presenta al Poder Judicial o Administración de Justicia como un todo, sin distinguir entre el tipo de asunto de que conocen, y por tanto no puede ser utilizada para distinguir a la jurisdicción penal.

2.- *La jurisdicción entendida como autoridad jurisdiccional*

En esta acepción, la jurisdicción se refiere al conjunto de poderes atribuidos a una determinada autoridad. Así, por ejemplo, solemos decir que es jurisdicción del Alcalde, otorgar permisos de obra, conceder licencias para venta de bebidas alcohólicas, autorizar rifas, etc.

Ésta es una definición poco feliz de jurisdicción, puesto que aquí se la asimila a competencia y tiene poca o ninguna importancia para la determinación de la jurisdicción penal, aun cuando efectivamente, el alcalde, en razón de esas competencias materiales, tiene jurisdicción, es decir, facultad de aplicar el Derecho a solicitudes concretas de los administrados, pero sin olvidar que la jurisdicción es siempre una e indivisible, que se tiene o no se tiene.

3.- *La jurisdicción como equivalente a ámbito territorial*

Quién de nosotros no ha leído alguna vez en una escritura pública, que tal o cual inmueble se halla en jurisdicción del municipio tal o cual. En este caso, el vocablo «jurisdicción» es usado con un claro sentido de ámbito territorial sobre el cual tiene atribuciones una determinada persona político-territorial de Derecho público u órgano del poder público. En realidad lo aquí definido no es otra cosa que competencia territorial.

Esta acepción de jurisdicción no se encuentra en las leyes procesales modernas, ya que tiene un equivalente mucho más preciso en la ciencia procesal moderna como lo es, justamente, el de competencia por razón del territorio.

Este tratamiento del concepto de jurisdicción tampoco sirve para definir la jurisdicción penal, ya que los tribunales de lo penal no pueden definirse por su competencia territorial, sino por el tipo de asuntos sometidos a su conocimiento.

4.- *La jurisdicción como equivalente a competencia por razón de la materia* (*ratione materiae*)

En este sentido, la jurisdicción es concebida como el conjunto de asuntos de un tipo particular, determinados por pertenecer a una esfera o manifestación concreta de la vida social, cuyo conocimiento y decisión se atribuye a tribunales específicos.

Aquí la materia, como indicador para la atribución de conocimiento de determinados asuntos a los tribunales, funciona en diversos niveles, pues en un nivel o sentido más amplio denominamos tribunales penales, a los que conocen y resuelven conflictos derivados de la comisión de hechos punibles; tribunales civiles, a los que conocen y deciden pretensiones de Derecho privado; tribunales contencioso-administrativos, a los que conocen y deciden las controversias entre la Administración Pública y los administrados, y así sucesivamente. En este caso solemos hablar de jurisdicción penal, jurisdicción civil o jurisdicción contencioso-administrativa y así, cuando consideramos que, por ejemplo, en un caso concreto su conocimiento no corresponde a los tribunales civiles sino a la Administración, solemos hablar de falta de jurisdicción.

Pero, en esta acepción *ratione materiae* el vocablo jurisdicción puede usarse en un sentido aun más restringido y podemos hablar de jurisdicción de menores, jurisdicción de tránsito, jurisdicción de familia, etc., por lo que se refiere a la esfera civil o de jurisdicción penal bancaria, o jurisdicción de drogas, jurisdicción de hacienda, jurisdicción penal militar, etc., por lo que a los asuntos penales respecta.

Por tanto, la consideración de la jurisdicción como conjunto de materias atribuidas al conocimiento de ciertos tribunales, es la que nos da la clave para la definición de jurisdicción penal, con independencia de que ésta pueda subclasificarse también por razón de la materia, habida cuenta de que entre jurisdicción y competencia hay una relación de género a especie, en la cual, la especie puede convertirse a su vez en subgénero de otras subespecies, como explicaremos al abordar el tema de la competencia por razón de la materia dentro de la jurisdicción penal.

5.- *Concepto de jurisdicción penal*

De conformidad con todo lo expresado, podemos definir la jurisdicción penal, en sentido orgánico, como el conjunto de tribunales que tienen atribuido el conocimiento y decisión de los conflictos derivados de la comisión, presunta o real, de hechos punibles, y en sentido material como la facultad atribuida a determinados tribunales de aplicar el derecho penal sustantivo a dichos conflictos particulares, siempre con arreglo a las normas y principios de la legislación procesal vigente.

Dicho en otras palabras, la jurisdicción penal es la facultad de ciertos tribunales de aplicar o desaplicar el Derecho penal, pues tanto el aspecto orgánico de la jurisdicción, como su aspecto material, no son más que caras de una misma moneda.

Sin embargo, aquí es necesario destacar que todos los tribunales de lo penal tienen jurisdicción penal, ya que tienen la facultad de aplicar o desaplicar el Derecho penal, aun cuando sea a asuntos de diferentes tipos o al mismo asunto en diferentes etapas del proceso penal.

Las diversas razones que se toman en cuenta por el legislador para determinar la amplitud o el momento en que unos u otros tribunales de lo penal pueden pronunciar el Derecho penal sustantivo, constituyen indicadores de competencia, o medida de la jurisdicción penal, ya que si bien todos los tribunales de esa jurisdicción tienen la facultad de pronunciar el Derecho penal, la tienen en proporciones o medidas diversas. Aquí la jurisdicción penal es el género y los indicadores de competencia serían la especie: tribunales ordinarios, tribunales militares, tribunales de menores, tribunales de primera instancia, tribunales superiores, etc.

Ahora bien, si por ejemplo, tomamos a los tribunales penales militares por separados y consideramos que son los únicos competentes para conocer de los delitos y faltas militares, entonces podemos asumir que ellos constituyen la jurisdicción penal militar y podremos hablar de competencia por razón de la materia, o de la función, o del territorio, etc., entre tribunales militares. De tal manera la facultad de juzgar los delitos militares, de simple indicador de competencia material respecto a la jurisdicción penal como un todo, pasa a convertirse en jurisdicción respecto a sí misma, cuyos tribunales componentes (de guarnición, de estado mayor, consejos de guerra, cortes marciales, etc.) pasan a tener jurisdicción a la medida de diversos indicadores.

Cuando nos referimos a todos los tribunales que administran justicia en materia penal en un Estado dado, nos referimos simplemente a la *jurisdicción penal.* Al referirnos al conjunto de tribunales que imparten justicia penal para la generalidad de los ciudadanos, estamos refiriéndonos a la *jurisdicción penal ordinaria;* pero cuando nos referimos a un tipo de jurisdicción penal que tiene atribuidos un conjunto especial de asuntos, ya bien sea atendiendo a una materia muy específica o la cualidad de las personas juzgadas, de tal forma que formaría una sub-jurisdicción, decimos que estamos en presencia de una *jurisdicción especial.*

6.- *La falta de jurisdicción*

La falta de jurisdicción es la imposibilidad de conocimiento y decisión de un asunto por los tribunales de un Estado o país. La falta de jurisdicción puede presentarse porque el conocimiento de un asunto concreto corresponda en realidad a los tribunales de otro Estado y entonces se habla de falta de jurisdicción respecto a tribunales extranjeros; pero la falta de jurisdicción puede ocurrir porque el conocimiento corresponde a la Administración Pública y entonces se habla de falta de jurisdicción respecto de la Administración. Por tanto, cuando se habla de falta de jurisdicción hay que entender forzosamente que ningún tribunal de la República puede conocer del asunto planteado y ello diferencia la falta de jurisdicción de la incompetencia por razón de la materia, pues en este último

caso, un tribunal puede resultar incompetente pero podrá conocer el tribunal que sea competente por la materia. En caso de falta de jurisdicción ningún tribunal puede conocer dado el carácter único e indivisible de la jurisdicción.

El ejercicio de la jurisdicción o facultad de conocimiento y, en consecuencia, la falta o imposibilidad para llevarla a cabo, es una cuestión de estricto orden público y, por tanto, los tribunales tienen el deber de rechazar de oficio el conocimiento del asunto que se somete a su conocimiento. Esta es la regla general y funciona básicamente en la jurisdicción civil. Así, por ejemplo, el artículo 4º de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de Cuba expresa que «la falta de jurisdicción es declarable de oficio en cualquier estado del proceso», y en igual sentido se pronuncian el artículo 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y el artículo 59 del CPC venezolano. Este último expresa que «la falta de jurisdicción del Juez respecto de la administración pública, se declarará aun de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso».

Sin embargo, en razón del carácter imperativo y oficialista del proceso penal, la falta de jurisdicción raramente es tratada como facultad de oficio de los tribunales, sino como mero alegato de parte interesada. En este sentido, la StPO, el UPK, la LECrim, la LPP y el CEC dan a la falta de jurisdicción el tratamiento de cuestión previa, artículo de previo y especial pronunciamiento o excepción dilatoria.

2.- La Competencia Penal. Competencia Objetiva y Competencia Subjetiva. La Competencia Objetiva Como Medida De La Jurisdicción

La competencia es la cualidad que tiene un órgano jurisdiccional cualquiera para aplicar el Derecho a determinados asuntos, dentro de un cierto ámbito territorial o en razón de determinadas funciones. Pero hay que aclarar aquí que la definición anterior se refiere solo a la *competencia objetiva*, o sea a la que está referida al órgano jurisdiccional como tal, es decir, como ente jurídico y no a las personas naturales concretas que lo forman.

La *competencia objetiva* se denomina así porque está determinada por la relación entre las facultades que la ley otorga al órgano jurisdiccional y el objeto del proceso. Todos los indicadores de competencia objetiva provienen del análisis del objeto del proceso,esto es, el hecho juzgado, sus partícipes y los distintos momentos del juzgamiento. En cambio, la institución procesal que se ocupa

del análisis de la idoneidad para juzgar, de las personas que forman parte de los órganos jurisdiccionales, se denomina *competencia subjetiva.*

La *competencia subjetiva* es llamada de tal manera, porque se determina por las características individuales de los juzgadores concretos en relación con las partes y con el objeto del proceso. Los indicadores de la competencia subjetiva se refieren a la relación de los miembros del tribunal con las partes o con el mérito de un proceso concreto (imparcialidad), al cumplimiento de los requisitos para el cargo (capacidad), al nombramiento formal (cualidad) y rango adecuado (categoría), constitutivos todos de lo que más propiamente se ha dado en llamar en la ciencia procesal como *idoneidad subjetiva del juzgador*.

Si observamos con detenimiento el contenido de la competencia subjetiva, advertiremos que ésta no tiene tanta relación con el problema de la jurisdicción, que es eminentemente objetiva, como con la situación concreta del órgano jurisdiccional como sujeto procesal. Por esta razón, preferimos denominar a la competencia subjetiva con la categoría carneluttiana de *idoneidad subjetiva* del juzgador y tratarla en el capítulo referente a los sujetos procesales. Por tanto, de ahora en adelante, siempre que nos refiramos a competencia, es entendido que aludimos a competencia objetiva.

Como ya hemos explicado, todos los tribunales tienen jurisdicción, esto es, facultad de decir o pronunciar el Derecho, pero todos no la tienen en igual medida o extensión,

Ello dependerá de diversos indicadores como son la materia, el territorio o la función. Por tanto, la competencia no es otra cosa que la medida de la jurisdicción atribuida a un determinado órgano jurisdiccional.

Los indicadores fundamentales de la competencia penal son, como ya hemos mencionado, la materia, el territorio, condición personal de los acusados y la función específica del órgano. En la jurisdicción civil es muy importante la cuantía del objeto litigioso como medida de la jurisdicción, pero en materia procesal penal es muy raro su uso. Algunas leyes procesales del pasado solían aplicar el indicador cuantía para determinar la competencia en los delitos culposos cuando el resultado era de daños a la propiedad, pero esta fórmula fue rápidamente abandonada en razón de que los delitos deben ser juzgados de conformidad con el elemento subjetivo (culpabilidad) y no por la medida del daño causado.

4.- DIVERSOS INDICADORES DE COMPETENCIA PENAL

A.- COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA (*RATIONE MATERIAE*)

Consiste en atribuir el conocimiento en primera instancia de determinado tipo de asuntos a un órgano jurisdiccional o grupo de ellos, atendiendo a las especificidades de los hechos punibles que deben ser juzgados. La competencia por la materia en lo penal es simplemente competencia por tipo

de delitos, faltas o contravenciones. En la jurisdicción penal, la competencia por razón de la materia se determina sobre la base de dos reglas fundamentales:

1.- *La regla de la extensión de la sanción*, que es la más difundida, consiste en asignar el conocimiento de los asuntos a los diversos tribunales, atendiendo al límite máximo de la sanción a imponer al hecho punible imputado, o al más grave de ellos, cuando fueren varios, con absoluta independencia del tipo de hecho punible de que se trate (dolosos o culposos) y de la objetividad jurídica afectada (vida, integridad corporal, propiedad, honor, fe pública, etc.).

2.- *La regla de la objetividad jurídica*, que consiste en asignar a tribunales concretos, el conocimiento de determinadas familias de delitos o de figuras delictivas específicas en atención a la tutela de una cierta objetividad jurídica, tales como el patrimonio público, la disciplina militar, la lucha antidrogas, lod delitos de género, etc. Esta forma de distribuir la competencia procesal penal es la que da lugar a la aparición de jurisdicciones especiales, si tal distribución es instituida por una ley especial que atribuye la competencia de ciertos delitos a tribunales específicos en forma exclusiva. Por el contrario, si la atribución de competencia por la objetividad jurídica se realiza por ley a favor de algún tribunal o nivel de tribunales de la jurisdicción ordinaria, no estaremos en presencia de una jurisdicción especial.

La competencia por razón de la materia es una de las formas de la llamada *competencia vertical*, ya que la distribución de asuntos conforme a este indicador supone cierta jerarquía u orden vertical entre los órganos del conocimiento.

- *Cuestiones de competencia por razón de la materia.*

Las cuestiones de competencia por razón de la materia son las controversias que se suscitan entre tribunales ordinarios de diverso grado cuando todos pueden conocer de asuntos en primera instancia, o entre tribunales ordinarios y especiales o entre tribunales especiales.

En algunos ordenamientos jurídicos, como los de España y Cuba, donde existen diversos niveles de conocimiento de los asuntos en primera instancia, es común que surjan cuestiones de competencia entre aquéllos, pero está prohibido a los tribunales de rango inferior rivalizar con los superiores por el conocimiento de asuntos. En esos casos, cuando es el tribunal superior el que pretenda el conocimiento del asunto, simplemente conminará al inferior para que le remita las actuaciones y cuando el inferior considere que el conocimiento corresponde al superior, se lo comunicará y esperará a que aquél decida lo conducente. Pero el caso de cuestiones de competencia

más frecuente que existe es el que se suscita entre tribunales ordinarios y tribunales especiales, y entonces el tribunal superior común, si lo hubiere, o en su defecto el Máximo Tribunal, deberá decidir a cuál de ellos corresponde el conocimiento de los asuntos controvertidos.

Los conflictos de competencia por razón de la materia pueden ser positivos o negativos. El conflicto de competencia es positivo o también llamado conflicto *de conocer*, cuando dos o más tribunales reclaman el conocimiento de un determinado asunto y negativo o también denominado *de no conocer*, cuando dos o más tribunales rechazan dicho conocimiento. El conflicto de competencia se produce por la declinatoria, que es la declaración que hace un tribunal, que se encuentra conociendo de un asunto, de ser incompetente, expresando que otro tribunal es el competente o por el reclamo de la competencia del que se considere competente.

Siempre es deseable la simplificación de jurisdicciones y competencias. Su importancia es inconmensurable dada la inmensa simplificación del sistema de competencias que entraña, que no debería escapar a nadie, como tampoco nadie debe olvidar que la creación de tribunales especiales, aun cuando no sean *ad hoc*, tiene siempre una finalidad política preconcebida y generalmente autoritaria, pues los controladores del poder siempre aspiran a colocar en esas magistraturas a personas afines a sus dicterios. Al mismo tiempo, soy conscientede que la creación de tribunales especializados es muy popular, porque se cree que ello contribuye a una mejor justicia en razón de la especialización misma de los juzgadores en materias tales como accidentes de tránsito, quiebras fraudulentas, estafas inmobiliarias, vioelncia familiar o de género, etc. En realidad pensamos que el juez ordinario puede presenciar todo tipo de juicios en todo tipo de materias a condición de que esté bien asesorado y ponga especial empeño en hacerse explicar por los expertos, tanto los promovidos por las partes como los que el tribunal designe. Nunca habrá un juez que sepa de todo y si se sigue el camino de la especialización, el numero de materias a constituirse en juzgados especiales puede ser infinita.

B.- COMPETENCIA POR RAZÓN DEL TERRITORIO *(RATIONE LOCI)*

La competencia por razón del terrotorio o *ratione loci* tiene que ver con la determinación del ámbito territorial donde puede ejercer su jurisdicción un tribunal determinado. Se trata de la limitación espacial de la jurisdicción, que debe ser establecida por la ley. Es decir, cada tribunal, cualquiera sea su rango, especialidad o competencia material, tiene un ámbito espacial de competencia asignado por la ley y que la mayor parte de las veces viene asociado a su propio nombre o denominación. En este sentido, generalmente la denominación político-territorial donde puede ejercer jurisdicción un tribunal determinado viene incluida en el nombre oficial del tribunal; por ejemplo: Tribunal Primero de Juicio del Circuito Judicial Penal *del Estado Guárico, Extensión*

Calabozo, o también *Tribunal de Circuito de Estados Unidos del Circuito Sur de Florida, División Miami,* o *Tribunal Provincial de La Habana, o Audiencia Provincial de Sevilla* y así sucesivamente.

La competencia por razón de la materia es muy importante, porque el lugar de ocurrencia de un delito es el indicador principal para la determinación de los tribunales en los que serán juzgados sus presuntos autores o patícipes. Incluso, cuando un delito tiene diversas manifestaciones en territorios distintos o cuando se trata de delitos conexos, existen reglas supletorias para la determinación de la competencia territorial. Tales son la regla del lugar donde ocurrió el hecho más grave, la del lugar donde se inició la investigación, la del domicilio de la víctima, entre otras, siempre en dependencia de la legislación concreta.

Por regla general, la competencia por el territorio se determina, en primer lugar, por el lugar de consumación del delito y de ser varios en concurso, por el lugar de ocurrencia del más grave de ellos. Otras reglas para la determinación del tribunal territorialmente competente, a falta de certeza del lugar de consumación, son:

a.- El sitio donde han cesado los efectos de un delito de consumación permanente, como el secuestro, por ejemplo.

b.- El lugar donde se ha cometido el último acto de un delito imperfecto.

c.- El lugar donde se hayan encontrados las más significativas evidencias del presunto delito.

d.- El lugar de residencia de los imputados.

e.- El lugar donde primero se haya tenido noticias del hecho.

- *Cuestiones de competencia por razón del territorio*

Las cuestiones de competencia por razón del territorio son las que se producen entre tribunales del mismo rango o grado de competencia material, situados en distintas demarcaciones o circunscripciones territoriales. Es necesario aclarar que, atendiendo al principio de organización jerarquica de los tribunales, la mayoria de legislaciones prohiben que los tribunales de rango inferior promuevan cuestiones de competencia a los de rango superior, pero es posible que algún que otro ordenamiento ignore esta regla y de paso los conflictos entre juzgados de diverso grado.

Hay que señalar que si bien en materia civil es regla comúnmente aceptada que la competencia territorial es absolutamente prorrogable por voluntad de las partes, es decir, que las partes pueden ponerse de acuerdo para fijar domicilios especiales a los efectos procesales o para someterse de mutuo acuerdo al tribunal del lugar que deseen con tal que sea competente por razón de la materia y no haya regla imperativa excluyente de orden público, en materia penal la regla es que la competencia territorial no puede ser alterada por acuerdo o por sumisión voluntaria de las partes,

pues, siendo el proceso penal de estricto interés público, resulta claro que el desarrollo de la averiguación y del enjuiciamiento en el lugar de ocurrencia de los hechos justiciables es de decisiva importancia para el logro de la verdad material. Al menos teóricamente esto es así, pues el desplazamiento de un asunto a lugar diferente de aquel donde ocurrieron o se descubrieron los hechos justiciables, aleja su esclarecimiento por las dificultades de los testigos y expertos para trasladarse y porque se supone que los tribunales hacia donde se cambia la radicación de la causa no tienen el mismo interés en resolver el caso. Son razones discutibles, pero son las que comunmente son tenidas en cuenta.

Los conflictos de competencia por razón del territorio, como aquellos por razón de la materia pueden ser tanto de conocer (positivos) como de no conocer (negativos), ya que varios tribunales pueden reclamar el conocimiento de un asunto como también lo pueden rechazar, alegando que corresponde a otros. No hay que olvidar, que raramente estos conflictos operan por iniciativa de los tribunales, sino que detrás de ellos están las partes, quienes pueden estar interesadas en que el proceso discurra en uno u otro territorio. Por estas razones, las cuestiones de competencia por razón del territorio en las leyes procesales penales se tramitan por las mismas reglas que las que sirven para dilucidar otros tipos de cuestiones de competencia.

C.- LA COMPETENCIA POR RAZÓN DE LAS PERSONAS *(RATIONE PERSONAE)*

La competencia por razón de las personas es aquella que dispone el juzgamiento de determinadas personas, en razón de su investidura, en tribunales distintos al de sus jueces naturales, generalmente de rango mayor a estos, sustrayéndolas de la jurisdicción ordinaria o de jurisdicciones especiales. Esta es la regla de competencia que se aplica para el juzgamiento de los altos dignatarios del Estado, a quienes se les conoce generalmente somo *sujetos especialmente aforados*, ya que gozan de ese fuero especial, que no solo implica su juzgamiento por tribunales superiores o por el tribunal supremo o corte suprema, sino que algunos de ellos el privilegio de un antejuicio de méritos, es decir un pronunciamiento previo de esos altos tribunales que autorice o desautorice el juzgamiento propiamente dicho, convirtiendose así esos antejuicios en condición de procedibilidad.

El más importante efecto que produce el juzgamiento de personas especialmente es el llamado "arrastre" o *fuero de atracción*, que consiste en que las personas que resulten coimputadas de los sujetos especialmente aforados, serán juzgados en el tribunal donde sean juzgados estos últimos. Todo ello en virtud de los principios de unidad del proceso y de conservación de la continencia subjetiva de la causa.

D.- LA COMPETENCIA FUNCIONAL

La competencia funcional es aquella que atribuye el conocimiento de ciertos asuntos a determinados tribunales por la función específica que desempeñan dentro del proceso (instrucción, juicio oral, recursos, ejecución).

La competencia funcional se observa de manera más clara en los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad, porque su conocimiento no viene dado por la extensión de las sanciones impuestas ni por la gravedad de la pena impuesta ni por el lugar donde hayan ocurrido los hechos, sino, precisamente, por su función de velar por el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad.

E.- LA COMPETENCIA POR CONEXIDAD

La competencia por conexidad es una forma de competencia exclusiva del proceso penal y se refiere al conocimiento de todos los asuntos que deban acumularse a una causa que viene siendo conocida por un tribunal determinado, en razón de reglas establecidas por la ley sustantiva o por la ley adjetiva, ya sea por razones de concurso ideal o material o por razones de indivisibilidad de la continencia de la causa (unidad del proceso).

La competencia por conexidad en materia penal se diferencia de la competencia por conexión en materia civil, porque en esta última solo se tiene en cuenta la relación que pueda existir entre personas o pretensiones sobre la base de una relación jurídico material civil y que se materializa a través de instituciones tales como el litisconsorcio, la cita de saneamiento y la falta de estado, en tanto que la conexidad en el proceso penal no obedece solamente a las relaciones que dimanan de la comisión de un hecho delictivo concreto, sino también a otros criterios tales como la economía procesal, la unidad de la pena y por supuesto, la evitación de sentencias contradictorias.

Las reglas más conocidas para establecer la competencia por conexión son:

1.- Los delitos de medio a fin, o sea, los cometidos con la finalidad de asegurar la ejecución de otros. Es una figura del derecho penal material que relaciona los delitos cometidos por un mismo sujeto por su finalidad, aun cuando tuvieren objetividades jurídicas, bienes protegidos y víctimas diferente

2.- Los delitos en concurso ideal, sea homogéneo o héterogeneo, es decir, los varios delitos iguales o diversos que se originan de una misma acción. Es también una figura del derecho penal material destinada fundamentalmente al arbitrio de la pena.

3.- El delito continuado, o sea la violación del mismo tipo penal por un mismo sujeto en diversos tiempos, lo cual será considerado un solo delito con una cierta agravación de la penal, por tanto se trata también de una figura del derecho penal material destinada fundamentalmente al arbitrio de la pena.

4.- Los distintos delitos cometidos por un mismo sujeto en diversos tiempos, que deban ser jugados en un solo proceso. Es un caso de conexidad procesal destinada a arbitrar una pena común.

5.- Los diversos delitos cometidos por varias personas en tiempos distintos, pero que guardan relaciones emtre si. Es también un caso de conexidad procesal, destinada a asegurar la unidad del proceso, maximizar la eficiencia de la prueba y evitar sentencias contradictorias.

En estos casos, de haber conflicto en razón de la ocurrencia de los delitos conexos en lugares diveros, el tribunal que conocerá de los delitos en conexión se determinará, bien por el lugar de comisión del delito más grave o por prevención cuando alguno haya adelantado el conocimiento de los delitos sancionado con penas similares.

CAPÍTULO V
LOS ACTOS PROCESALES PENALES

1.- EL PROCESO PENAL COMO SUCESIÓN DE ACTOS PROCESALES

El proceso penal, como ya hemos establecido previamente, es una sucesión de actos procesales, reglados por la ley, emanados fundamentalmente de los órganos estatales encargados de la persecución, investigación y represión del delito o de los particulares con derecho al ejercicio de la acción penal. En este sentido, son actos procesales, la denuncia, la querella, el auto de proceder u orden de inicio de la investigación, la instructiva de cargos o acto formal de imputación, el auto que impone una medida cautelar, la acusación, la audiencia preliminar, el auto de apertura a juicio oral,

la sentencia y todos cuantos formen parte del proceso penal. Algunos actos procesales, tales como el auto de proceder u orden de inicio de la investigación, la instructiva de cargos o acto de imputación formal, el auto de apertura a juicio oral y la sentencia, corren a cargo de los órganos competentes del Estado, y otros, como la denuncia, la querella y el escrito de defensa o contestación de la acusación, son potestad de los particulares (acusadores o acusados), y otros, como la interposición de recursos, pueden ser realizados por unos y otros.

Pero para comprender esa unidad básica o célula fundamental del proceso penal que es el *acto procesal* –sin duda una de las más brillantes elaboraciones teóricas de la ciencia procesal– debemos desentrañar el concepto de acto procesal.

En este orden de ideas, se considera acto procesal toda manifestación de voluntad que genere efectos jurídicos dentro del proceso, con independencia de que dicha manifestación de voluntad emane de los órganos del Estado o de los particulares.

Sin embargo, cualquier manifestación de voluntad no puede producir efectos procesales, pues para ser tales los actos procesales deben cumplir ciertos requisitos intrínsecos o de fondo y determinados requerimientos extrínsecos. Los requisitos intrínsecos se refieren al contenido propio del acto, de conformidad con su naturaleza y los extrínsecos conciernen al aspecto externo de los actos procesales y a su posición dentro del proceso.

Los requisitos intrínsecos o de fondo de los actos procesales son: sujetos, objeto y causa, en tanto que los requisitos extrínsecos o externos son: oportunidad, lugar, tiempo y forma.

Los sujetos de los actos procesales son las personas u órganos que intervienen en ellos, y los cuales deben tener la cualidad, capacidad y legitimación necesarios para que su actuación sea realmente válida en el proceso penal. Estas circunstancias son estudiadas con todo detenimiento en el capítulo correspondiente a los sujetos procesales.

El objeto de los actos procesales es el contenido concreto del acto. Así, por ejemplo, el objeto de la denuncia es el hecho denunciado, y el objeto de la sentencia es la solución del hecho objeto del proceso, es decir, la decisión de fondo. El objeto de todo acto procesal debe ser lícito para que éste sea válido, por lo cual, por ejemplo, una declaración testifical, que tiene como objeto el contenido mismo del testimonio, será absolutamente nula si ha sido obtenida por medios ilegales, tales como engaño, torturas. Asimismo una detención ordenada sobre la base de hechos o evidencias falsas, a sabiendas de la autoridad actuante, es nula como acto procesal.

El estudio del objeto de cada uno de los actos procesales concretos, debe realizarse como se hace en esta obra, en los capítulos correspondientes a las distintas fases del proceso penal donde se encuentran ubicados los actos procesales respectivos.

La causa de los actos procesales consiste en la razón o el porqué de la existencia del acto procesal, vale decir, su cometido objetivo (que conviene no confundir con objeto) o finalidad en el proceso. Así, verbigracia, la causa de la querella es la satisfacción del deseo de venganza de la víctima

por vía legal (vindicta privada), y la causa de la denuncia y de su obligatoriedad, es la necesidad de los órganos de investigación y represión del delito de asegurarse el conocimiento de la ocurrencia de los hechos punibles, más allá de su propia capacidad perceptiva. Es evidente que la denuncia falsa, por ejemplo, carece de causa y por tanto no puede considerárseles actos procesales válidos.

Pero para que los actos procesales sean válidos, es necesario que cumplan igualmente con los requisitos extrínsecos que la ley determina, es decir, deben ser realizados en el momento procesal oportuno, en el lugar adecuado conforme a derecho, en tiempo legalmente hábil y en la forma pautada por el ritual adjetivo.

La oportunidad de los actos en el proceso viene dada por el orden establecido en la propia ley procesal. Como ya hemos visto al estudiar los principios que regulan la sucesión de los actos procesales, si el proceso se funda en un principio irrestricto de preclusión, no habrá posibilidad alguna de realizar un acto procesal fuera de la oportunidad señalada por la ley, y menos aún si dicha oportunidad ya ha pasado (precluido). En este caso, el acto procesal pretendido será posible solo si el juez lo autoriza, bajo la posibilidad de reposición, de saneamiento o porque se haya decretado la nulidad de lo actuado, con igual efecto de reposición.

Igualmente, los actos procesales, para ser válidos, deben realizarse en el lugar prescrito por la ley, siempre y cuando el lugar sea determinante en el contenido y efectos del acto. Este lugar es, por lo general, la sede de los tribunales, o las oficinas del Ministerio Público, o las comisarías, jefaturas o estaciones de policía, salvo que la propia ley o la naturaleza de las cosas determinen lo contrario, como en los casos en que haya que tomarle declaración a los sujetos eximidos de concurrir al llamado de la autoridad competente y deben testificar en sus despachos o domicilios, o cuando el testigo está impedido de movilizarse a la sede de los tribunales, o cuando haya que efectuar registros, allanamientos o inspecciones de lugares determinados.

El lugar de ocurrencia de los actos procesales debe constar en el acta que debe ser levantada al efecto. Toda acta que dé fe de la celebración de un acto procesal, debe expresar con toda precisión, entre otros particulares, el lugar determinado donde ha tenido lugar el acto de que se trate, la fecha y hora del mismo, su objetivo y los intervinientes y estar avalado por sus respectivas firmas, a fin de que les sea oponible (requisitos intrínsecos). Por lo general, y a reserva de que las actas de algunos actos procesales concretos estén específicamente reguladas en la ley, en caso todos los códigos procesales existe una norma rectora en este campo de las actas del proceso, y, por tanto, sus reglas alcanzan a todos los actos procesales que deban ser documentados, salvo que ley establezca alguna otra formalidad adicional para las actas que recogen actos especiales, como es el caso del acta del juicio oral, el acta de la instructiva de cargos, el acta de registro o allanamiento.

El tiempo de ocurrencia de los actos procesales es de suma importancia a los efectos de la determinación de la legalidad del acto, pues es de suma importancia el establecer si el acto se ha

verificado dentro de los plazos que la ley determina o si es anterior, coetánea o posterior a otros actos de los que pueda depender su validez.

En cuanto a la forma de los actos procesales, es preciso destacar que, en cada tipo de procdimiento, la ley procesal establece la forma en que cada uno de ellos debe realizarse. Esta es una cuestión íntimamente ligada a la forma como cada ordenamiento procesal resuelve la combinación entre oralidad y escritura, que son las formas básicas de los actos procesales, además de los llamados requisitos intrínsecos.

2.- EFICACIA, VALIDEZ, INEFICACIA E INVALIDEZ (NULIDAD) DE LOS ACTOS PROCESALES

Los actos procesales, para que puedan cumplir adecuadamente su rol en el proceso, han de ser eficaces, es decir, tienen que ser adecuados para el logro de los fines procesales perseguidos, y además deben ser válidos, o sea, no pueden estar afectados por vicios ni de nulidad relativa o de nulidad absoluta.

Como acertadamente señala Véscovi, las nociones de validez y de eficacia no son absolutamente iguales o equivalentes, sino que más bien una –la eficacia– actúa como género, y la otra –la validez– hace las veces de género. Dice el conocido profesor uruguayo que:

> [...] distinguimos entre validez y eficacia o nulidad e ineficacia. Se entiende que la valoración de eficacia es más amplia que la validez. Entonces, los actos nulos son ineficaces [a condición de que la nulidad se declare, como veremos], pero éstos pueden, a veces, no ser nulos. Una sentencia no es eficaz frente a terceros, pero no es nula a su respecto. Una prueba puede no ser eficaz para demostrar lo que quiere la parte, pero no es nula. [Se dice, también, que es inconducente]. Muchas veces la ineficacia proviene, únicamente, de haberse realizado el acto fuera de tiempo, como solicitar una prueba después de término hábil[37].

De lo dicho salta a la vista que la eficacia es mucho más amplia que la validez. La eficacia de los actos procesales está determinada por el cumplimiento de los requisitos intrínsecos y extrínsecos establecidos por la ley para el logro de la finalidad propia del acto, pero en todo caso, y es lo que consideramos más importante a los efectos de la distinción entre validez y eficacia, la ineficacia obra siempre contra aquel que da lugar a ella y por eso solo él debe sufrir sus consecuencias sin que por ello se altere ni la igualdad entre las partes ni el derecho a la defensa. La validez, en cambio, es una forma de medida del valor de los actos procesales en términos de ausencia de mala fe

[37].- Ver: VÉSCOVI, Enrique: *Op. cit*. 1984, pág. 258.

procesal, pues el instituto de las nulidades procesales está regulado en los ordenamientos adjetivos con la expresa finalidad de prevenir la desigualdad en el debate y la mengua del derecho a la defensa.

Como podrán apreciar los lectores acuciosos, dedicados al estudio del derecho comparado, la eficacia y la validez de los actos procesales no son directamente regulados en ningún ordenamiento procesal como instituciones separadas y mucho menos explicadas, pues ello es tarea de la doctrina y nunca de la ley, a pesar de que muchos juristas consideran que las leyes deberían ser campo para dirimir controversias dogmáticas o doctrinales. Cualquiera advertirá fácilmente que la eficacia de los actos procesales está disuelta y sobreentendida en los requisitos o exigencias que las leyes imponen a los actos procesales. Como ejemplo de esto podemos citar los requisitos que todas las leyes procesales civiles regulan para las demandas. Cualquier ley adjetiva civil requiere que se identifiquen plenamente el demandante y el demandado, que se explanen claramente los hechos litigiosos, las pretensiones deducidas y el derecho en que se afinca (aun cuando *iura novit curia*) así como acompañar los documentos en que se funde la demanda y el poder para pleitos debidamente bastanteado. Si falta un requisito de aquéllos, la demanda no será nula ni mucho menos, sino a lo sumo inadmisible, aunque generalmente en esos casos el juez debe conceder un lapso al demandante para que subsane las faltas, lo cual, de hacerlo hará admisible la demanda y por tanto eficaz para iniciar el proceso. Si el actor no subsana las faltas señaladas la demanda será definitiva inadmitida y archivada, pero ello nunca implicará que sea nula, y la mejor prueba de ello es que podrá ser propuesta nuevamente más adelante. En este caso solo el actor fallido sufrirá las consecuencias. Ahora bien, si, por ejemplo, a pesar del defecto en el poder o la ausencia absoluta de éste, no advertida además por la contraparte, la demanda es admitida y declarada con lugar, la ineficacia que pudo haber existido quedó plenamente convalidada.

En resumen, ninguna ley dirá jamás que los actos procesales para ser eficaces deben cumplir tales o cuales condiciones o requisitos genéricos, sino que, en cada acto procesal concreto se regulan los requisitos para su eficacia y la falta de éstos puede ser apreciada de oficio o a instancias de parte por el tribunal, según lo regule la ley.

La validez de los actos procesales tampoco es regulada como tal por las leyes adjetivas, pues como la eficacia, se da por entendida, regulándose solamente su contrapartida, es decir, las nulidades.

Las leyes procesales generalmente adoptan una doble regulación de las nulidades, pues, por una parte y conforme a la sistemática clásica alemana, dedican un capítulo, dentro del título referente a los actos procesales en general, a la regulación de las consecuencias de las nulidades, que son generalmente dos: la subsanación y la reposición; y por otra parte, las causas de nulidades se regulan junto a los actos procesales concretos. Conforme a la ciencia procesal, las leyes suelen regular dos supuestos básicos de nulidad de los actos procesales: absolutas y relativas.

A.- NULIDADES ABSOLUTAS

Las *nulidades absolutas* son aquellas que afectan de manera total e irremediable la validez de un acto procesal y su eficacia, de forma tal que dicho acto no puede acarrear ningún tipo de consecuencias jurídicas ni para las partes ni para terceros.

Siempre hemos sostenido que son *nulidades absolutas* aquellas que provienen de la omisión de requisitos sin los cuales el acto causa indefensión; no puede cumplir su finalidad o se desnaturaliza por completo. Los requisitos cuya omisión da lugar a esos efectos, son los llamados requisitos esenciales, porque están en la esencia misma del ser y de la finalidad de los actos. Así, por ejemplo, la falta de citación de un sujeto procesal para un acto del que pueda depender el ejercicio de un derecho por su parte, acarrea la nulidad del acto, si llegare a realizarse sin la presencia de ese sujeto; de la misma manera, la falta de la firma por parte del juez en las providencias emanadas de procedimientos escritos, acarrea su nulidad absoluta. En este último caso, la nulidad no será absoluta sino relativa, si la ausencia de firma del juez ocurre en una decisión dictada en audiencia, si del acta de la audiencia se puede comprobar que el sentido y los fundamentos del fallo son los mismos que aparecen luego, al ser publicada la sentencia o el auto respectivos.

En el sistema acusatorio de enjuiciamiento penal existen algunas situaciones clásicas de nulidad absoluta, tales como la celebración de una audiencia de prueba anticipada en ausencia del imputado y su defensor por no haber sido legalmente convocados para este acto y la condena del imputado por un delito más grave al atribuido por la acusación, sin haberle prevenido de esa posibilidad.

B.- NULIDADES RELATIVAS

Cuando los requisitos ausentes en un acto procesal cualquiera, no producen los efectos desnaturalizantes característicos de las nulidades absolutas, entonces esos actos son subsanable o convalidables. Lo primero mediante un acto posterior de un tribunal o de las partes y lo segundo por el mero transcurso del lapso establecido en la ley para reclamar la existencia del vicio.

En el proceso penal acusatorio las nulidades relativas suelen carecer de trascendencia al fondo del asunto y hasta pueden ser absolutamente irrelevantes. Así, la falta de firma en un acta cualquiera no implica siquiera su nulidad si existen otros medios para acreditar la certeza del acto procesal allí recogido. En este sentido, el acto podrá siempre ser convalidado. De igual manera, la falta de datos o la confusión de estos en las generales del imputado en una acusación, es subsanable en principio, siempre que de los actos previos del proceso se advierta de quien realmente se trata. Ahora bien, en este último caso, si el error en la identidad del imputado no puede ser subsanado con fundamento en el material previo de la causa, ello podría acarrear la nulidad de esa acusación por alteración sustancial del objeto del proceso en cuanto a las personas imputadas.

3.- LA COMUNICACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES

El conocimiento de los actos procesales por las partes, por los sujetos connaturales o necesarios (testigos, expertos, policías, etc.) y aun por terceros ajenos al proceso, es absolutamente indispensable para la debida integración de la relación jurídico procesal y para la buena marcha del proceso.

Los actos procesales deben ser comunicados a los interesados tanto antes de su producción como después; antes, para que puedan hacer valer sus derechos y cargas en los actos que requieran de su intervención o porque deban prestar su colaboración; y después, para que también puedan informarse de su ocurrencia y contenido concreto y ejercer los derechos y cargas correspondientes. La ciencia procesal ha definido tres formas de comunicar la próxima ocurrencia de los actos procesales a los interesados: la citación, el emplazamiento y la notificación.

1.- LA CITACIÓN

La citación consiste en la indicación que hace el tribunal, la fiscaía o la policía de investigaciones penales, a una persona para que comparezca ante ellos, en una fecha y hora concretas a fin de realizar determinada diligencia. La boleta, cédula, u oficio que se libre al respecto deberá contener la identificación del citado, la cualidad con que es citado y el objeto preciso de la citación, con indicación ante quién, dónde y cuándo deberá comparecer y las consecuencias que le acarrearía la inasistencia. En este caso, para librar apremios contra los citados incomparecientes, el juez tendrá que valorar si por las circunstancias en que discurrió este tipo de citación, el testigo pudo haberse enterado o no de su contenido. Normalmente las yes procesales establecen un procedimiento para cuando la persona notificada se niegue a firmar la constancia respectiva. Este procedimiento, que en esencia confiere fe pública a la palabra del alguacil, es plenamente aplicable a las personas citadas a los efectos de los apremios a que hubiere lugar. No hay que olvidar que la citación puede ser personal, también llamada *in faciem*, cuando se entiende con la propia persona de quien debe ser citado; o presunta, cuando la citación se tramita a través de terceros, que por su relación con el que debe ser citado (secretarias, domésticas, empleados), se entiende que no dejarán de comunicarle el requerimiento. Pero también se considera citación presunta a la citación que se hace por medios indirectos que se supone son del dominio del que debe ser citado, tales como correos electrónicos personales, fijación de carteles en domicilios o lugares de trabajo, correo certificado con acuse de recibo, etc. En todo caso, las resultas de la citación deben constar en los expedientes de la causa.

Si se constata la imposibilidad de citar a la persona, esa circunstancia debe ser igualmente hecha constar en las actuaciones, con sus respectivas fuentes de conocimiento: dicho de vecinos,

informes de policía, etc. y si el que debiere ser citado y no es localizado, es el imputado esto será fundamento suficiente para librar la correspondiente requisitoria y suspender el curso del proceso en cuanto a él, hasta tanto sea habido, o para declararlo contumaz y continuar su juzgamiento en ausencia.

En el caso de que los que deban ser citados sean funcionarios militares o de policía, los apremios por la incomparecencia de los citados deben ser librados a sus jefes a fin de que actúen en consecuencia.

A pesar de que la consignación en las actuaciones, del resultado de las diligencias realizadas para localizar a las personas que deben ser citadas o notificadas lleva muchos papeles a los expedientes, a veces sin relación alguna con el fondo de los hechos justiciables, ello imprescindible para que quede constancia de la actividad citatoria y poder ejercer fundadamente las medidas de apremio contra los incomparecientes contumaces.

2.- EL EMPLAZAMIENTO

El *emplazamiento,* es el apercibimiento que hace la autoridad competente para que el interesado comparezca dentro de un plazo o lapso determinado a realizar determinados actos o a satisfacer ciertas cargas procesales, tales como contestar un requerimiento de la parte contraria, promover pruebas, interponer un recurso, etc. El emplazamiento tiene los mismos requerimientos formales de la citación, pero debe indicar claramente el lapso que se concede.

3.- LA NOTIFICACIÓN

La *notificación* es la comunicación que se hace a una persona para imponerlo del contenido un acto procesal que le concierne, después de su ocurrencia, a fin de que pueda ejercer los derechos que la ley le consagra al respecto. En el proceso penal, esos actos son, generalmente, acusaciones, querellas, demandas y decisiones o resoluciones.

Para que una notificación sea válida y asegure realmente el ejercicio del derecho a la defensa, la boleta, cédula u oficio que la contenga debe ir acompañado de copia del documento que dé fe del acto notificado y contener un apercibimiento de los derechos y variantes conductuales (cargas procesales) que tiene el notificado frente al acto que se le comunica. Se debe notificar, con entrega de copia certificada, la acusación y las sentencias que no sean dictadas en audiencia pública ante las partes. No debemos olvidar que la notificación es esencialmente la comunicación de *una decisión judicial* y por tanto la boleta de notificación debe venir obligatoriamente acompañada de un copia certificada de la decisión que se participa. Si tal cosa no se hace, entonces el derecho a la defensa queda en entredicho pues las partes, dentro del lapso para recurrir, tendrían que solicitar las copias al

tribunal para enterarse del contenido de la decisión notificada, saber en qué les perjudica y conocer su motivación a los efectos del recurso que pudieran interponer, lo cual podría acarrearles problemas, por las pérdidas de tiempo que se pudieran generar en la obtención de dichas copias mientras que el lapso para recurrir esá trancurriendo, ya que se estaría contando a partir de que el notificado ha recibido la boleta, cédula u oficiuo de notificación.

Sin embargo, los actos procesales pueden ser comunicados directamente a través de las actuaciones procesales, orales o escritas por el principio de la *presencia procesal,* más conocido como *estada a derecho.* Este principio indica que cuando las partes estén debidamente personadas en el proceso, o a derecho, como suele decirse, tienen pleno acceso a las actuaciones y por tanto pueden enterarse de manera directa de la ocurrencia de los actos procesales. Es bueno señalar también que las actas del proceso y su acceso a ellas es un magnífico medio de comunicación de los actos procesales y que, para que dichas actas puedan ser reunidas y conservadas adecuadamente deberán formar un expediente.

Finalmente, a los efectos de la comunicación de los actos procesales, el legislador procesal ha desarrollado la exigencia de que las partes establezcan un domicilio procesal, que no es otra cosa que el lugar donde deberán ser notificadas cuando la ley lo exija. Cada parte debe establecer su domicilio procesal mediante diligencia que las partes realizarán ante el Secretario del Tribunal. A falta de señalamiento de domicilio procesal, se tendrá por tal la sede del tribunal, en cuya tablilla se fijará la boleta correspondiente.

4.- LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Las resoluciones o decisiones judiciales constituyen la forma más importante de actos procesales, por cuanto éstas contienen los pronunciamientos que las partes persiguen alcanzar en el proceso.

Las resoluciones judiciales pueden clasificarse atendiendo a su función dentro del proceso, o atendiendo a su forma, pero ambas cosas están íntimamente relacionadas, como veremos a continuación.

A.- LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN SU FUNCIÓN EN EL PROCESO

Las resoluciones judiciales tienen tres funciones básicas en el proceso:

1.- Impulsar el proceso y resolver situaciones de mero trámite, tales como ordenar dar traslado de un documento a una parte, disponer una citación, mandar a unir un documento a los autos, conceder copias certificadas y cosas por el estilo;

2.- Resolver puntos controversiales o incidentes dentro del proceso y solucionar determinados puntos nodales en el curso del enjuiciamiento, como la admisión o rechazo de la querella, de los medios probatorios o de una tercería;

3.- Poner fin al proceso.

B.- LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SEGÚN SU FORMA

De conformidad con la forma que adoptan, las resoluciones judiciales pueden clasificarse de la siguiente manera:

1.- *Autos de mera sustanciación o simples providencias.*

Se trata de resoluciones muy sencillas, que no requieren motivación ni fundamentación de hecho o de derecho alguna. Tales resoluciones recogen únicamente el nombre del órgano que las dicta, la solicitud o circunstancia que las justifica y lo que concretamente se dispone. Así, por ejemplo, si alguien se dirige al tribunal solicitando una copia certificada de determinada acta procesal o resolución, la decisión que resuelva sobre esa petición contendrá simplemente: la identificación del tribunal, el contenido suscinto de la solicitud y la negativa o aprobación de lo solicitado. Lo demás lo deja el legislador a la costumbre y la tradición, pues este tipo de resoluciones adopta muy diversas variedades formales.

2.- *Autos motivados.*

Son resoluciones generalmente destinadas a resolver los puntos nodales del proceso (admisión de una querella o de un recurso o de pruebas, etc.) y a decidir incidentes y demás situaciones interlocutorias en el proceso.

Sin embargo, los autos motivados pueden servir para poner fin al proceso, cuando se acuerde el sobreseimiento o preclusión de la causa. No se debe olvidar que los requisitos del auto de sobreseimiento, deben ser similares a los de la sentencia absolutoria, sobre todo en su descripción precisa del hecho imputado, pues sus efectos son igualmente liberatorios para el imputado y, una vez firme, por consentimiento de las partes o por confirmación de los tribunales superiores, adquiere fuerza de cosa juzgada que hace imposible toda ulterior persecución del sobreseído por esos mismos hechos. Por tanto, el auto de sobreseimiento equivale a una sentencia porque es una decisión interlocutoria con fuerza de definitiva, producida en la fase preparatoria o en la fase intermedia.

Los autos motivados, como su nombre lo indica, tienen que contener expresión razonada de las circunstancias que motivan la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho que tiene en cuenta el tribunal para resolver.

3.- *Sentencias.*

Son las decisiones de mayor jerarquía y complejidad dentro del proceso penal. Se dictará sentencia para absolver o condenar y para resolver el fondo de los recursos, ya que llas decisiones sobre adminisibilidad o no de los recursos deben ser realmente autos motivados..

Siempre que no se trate de un juicio con jurado de conciencia de tipo anglosajón, que se resuelve por el veredicto inmotivado de éste, la sentencia que resulta del juicio oral visto por tribunal de derecho, unipersonal mixto o colegiado, sea ella condenatoria o absolutoria, tiene que ser precisa, coherente y autosuficiente y debe recoger:

a).- El hecho objeto del proceso con toda fidelidad, tal cual resulta del auto de apertura y de la ampliación de la acusación, si la hubiere;

b).- Los hechos que el tribunal da por probados y los que considera que no lo fueron en el debate;

c).- El razonamiento de por qué considera probados o no probados los hechos del debate, sobre el análisis individual y conjunto de los medios de prueba practicados en el juicio oral;

d).- La calificación que le confiera a los hechos considerados probados que constituyan delito, con el consiguiente razonamiento jurídico sobre su tipicidad y sobre las probables circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que a juicio del tribunal hayan concurrido en el caso.

e).- El pronunciamiento asertivo de absolución o condena que proceda por cada delito o acusado, según el caso.

La sentencia de derecho emanada del juicio oral deberá tener un encabezamiento que contenga mención del tribunal que la dicta, con identificación de los que hayan intervenido en calidad de jueces, fiscales, abogados acusadores y defensores; la fecha en que se dicta la decisión; y los nombres y apellidos de quienes hayan figurado como acusados con expresión del delito por el que se les juzgó. Debe expresar también, en párrafos perfectamente diferenciados, cuáles fueron los hechos que dieron lugar a la formación de la causa, según la acusación del fiscal o de los acusadores particulares, con la calificación jurídica que éstos les hubieren dado, tal como aparecen den el auto de apertura o en la ampliación de la acusación, en sus respectivos casos. Asimismo esta parte narrativa dejará constancia de las defensas esgrimidas por los acusados (legítima defensa, no participación, falta de tipicidad, etc.) y de todas las incidencias relevantes que hubieren tenido lugar en el juicio (advertencia de nueva calificación, ampliación de la acusación, pruebas nuevas, etc.) y las decisiones

a que se hubiere arribado en esos puntos cuando estas pudieran tener trascendencia a la dispositiva del fallo;

También es necesario que el tribunal exprese en párrafos perfectamente delimitados, los hechos que consideró efectivamente probados, valorando la prueba según las reglas de la sana crítica. Esta narración de los hechos debe ser de la redacción propia del juez o jueza, con expresión clara y precisa de cuáles son los elementos de prueba en que se apoya y el valor que les confiere. En modo alguno es aceptable como fundamento de la sentencia, esa chapucería que consiste en la trascripción literal de las declaraciones de testigos y expertos, sin análisis ni criterio selectivo alguno. Este tipo de mamotreto vergonzoso, que consiste en volcar el acta de juicio en la sentencia, como se hacía en las sentencias de primera instancia en el régimen inquisitiva, debe ser rechazado como inmotivado, porque ciertamente no dice nada. Tampoco es aceptable que el juicio oral no sea documentado mediante un acta exhaustiva o mediante una grabación y luego el juez pretenda transcribir unas declaraciones textuales de expertos y testigos que no hay manera e contrastar con acta alguna y que o representa otra osa que su visión particular de la prueba. El juez que no sea capaz de crear y resumir, no merece llamarse juez.

de la misma manera, el juez o tribunal de juicio debe expresar las circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes que haya apreciado, la calificación jurídica que confiera a los hechos probados y a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que decida apreciar, con los respectivos razonamientos acerca de su encuadre en las normas sustantivas del derecho penal;

En la parte dispositiva o fallo debe expresarse, la decisión de fondo a que haya arribado en nombre de la República y por autoridad de la ley (sentido del fallo) y sus consecuencias; es decir, si la decisión es absolutoria, se ordenará la puesta en libertad del acusado si estuviere detenido, así como la cesación de cualesquiera otras medidas cautelares que se hubieren adoptado en su contra; y si es condenatoria, se establecerá la pena principal, sus accesorias y, eventualmente, se ordenará la detención del acusado si estuviere en libertad, siempre que el tribunal lo considerare conveniente y la ley lo autorice. Veamos todo esto, explicado paso por paso, a partir de la parte narrativa de la sentencia.

1.- Parte narrativa.

La parte narrativa de la sentencia definitiva emanada de un juicio oral debe recoger las circunstancias que dio lugar a la celebración de éste, es decir cual es el objeto del proceso que se debatió en la audiencia de juzgamiento, la relación de las pruebas practicadas en el debate, los incidentes que se presentaron durante el debate, tales como ampliación de la acusación, advertencia de nueva calificación, recusaciones sobrevenidas, solicitudes de pruebas nuevas, renuncia a medios

probatorios, revelaciones inesperadas, etc., y las conclusiones de las partes acusadoras y de la defensa. La parte narrativa es la relación de lo que da lugar al juicio y de lo que ha sucedido en él.

a.- *Los hechos objeto del juicio*.

Aquí hay que tener en cuenta dos cosas primordiales. La primera, es que el juicio oral es la verdadera fase de conocimiento y decisión de todo proceso penal acusatorio en el que no existan soluciones anticipadas (sobreseimiento o condena por admisión de los hechos) y, por tanto, cuando se llega a ese estadio procesal, todo lo ocurrido antes deja de tener valor a menos que se debata o reproduzca en el debate oral y público. Y la segunda, consiste en que el objeto del juicio oral no está contenido en las acusaciones de las partes incriminadoras, sino en el auto de apertura a juicio oral, que dicta el juez de control luego de la audiencia preliminar y en el que debe haberse depurado el hecho objeto del juicio y su calificación jurídica, superándose las posibles visiones divergentes entre el acusador público y el particular, así como deslastrando al objeto del juicio de hechos y circunstancias que no tuvieron asidero en elemento de convicción alguno.

Esto es importante, porque los hechos y circunstancias que hayan sido objeto del juicio son los del auto de apertura a juicio, allí donde este recoge el hecho objeto del proceso o los de las acusaciones de las partes acusatorias, en caso contrario. En todo caso, advertimos que la determinación de los hechos que han de ser objeto del debate oral y público tiene que hacerse sobre la base de las aportaciones de las partes acusadoras, pues los jueces no pueden incorporar hechos al proceso ni darlos por probados antes del juicio oral.

De todo lo antes dicho se desprende que los hechos objeto del juicio oral tienen que estar perfectamente establecidos antes de su celebración y que será la trascripción de esos hechos, dondequiera que se encuentren plasmados, los que deben encabezar la parte narrativa de la sentencia definitiva que emana de juicio oral.

b.- *Relación de las pruebas practicadas en el juicio oral*.

En la parte narrativa de la sentencia definitiva emanada de juicio oral debe constar de manera clara, la relación de las pruebas practicadas en el juicio oral en el mismo orden en que hayan sido evacuadas o desahogadas, pero sin expresión de su contenido, pues esto es materia del acta o del registro del debate. En este punto, es bueno aclarar que la llamada autosuficiencia de la sentencia no consiste aquí en volcar el acta de juicio oral en la sentencia, pues toda revisión o examen de este tipo de sentencia dentro del proceso, se hará siempre conjuntamente con el acta o registro del debate.

La relación de las pruebas practicadas en juicio es muy importante, porque en la parte motiva solo pueden ser analizadas aquellas que aparecen en esa relación.

c.- Los incidentes ocurridos durante el debate oral y público.

Durante el desarrollo del debate oral y preferentemente público, pueden ocurrir incidentes muy diversos, tales como advertencia sobre una posible nueva calificación jurídica de los hechos imputados; ampliación de la acusación por inclusión de hechos nuevos, la solicitud de práctica nuevas pruebas, no promovidas originalmente por las partes y sugeridas por el desarrollo del debate y toda una gama de otros incidentes sobre protestas o reclamos de las partes que tienen que ser resueltos por el tribunal en el curso mismo del juicio oral. Algunos de estos incidentes pueden tener una existencia efímera y resultar intrascendentes, pero otras veces se tornan altamente trascendentes para la dispositiva del fallo. Estos últimos incidentes son los que deben ser reseñados en la parte narrativa de la sentencia, sobre todo si el juez o tribunal van a pronunciarse sobre ellos en la parte motiva y en la dispositiva. Veamos dos ejemplos.

Primer ejemplo: El juez advierte al imputado que puede haber un cambio de calificación jurídica en los hechos que se le imputan de llegar a probarse, pues, de acuerdo con el desarrollo de la recepción de la prueba, pareciera que se trata de un delito de apropiación indebida y no de uno de estafa, como lo ha calificado inicialmente el Ministerio Público. Si finalmente, el juez decide absolver al acusado o sancionarlo por el delito calificado por el fiscal, entonces puede elidir toda mención al incidente de nueva calificación, pero si decide sancionar por apropiación indebida, entonces tendrá que hacer mención obligatoria a su advertencia, porque es el fundamento de su calificación jurídica.

Segundo ejemplo: El juez declara ha lugar una objeción del fiscal e impide con ello que la defensa pregunte acerca de una circunstancia que puede ser francamente exculpatoria. La defensa ejerce recurso de revocación y es declarado sin lugar. Si la defensa en sus conclusiones alega que le fue violado el derecho a la defensa y el debido proceso a su defendido porque si se le hubiera dejado inquirir sobre el punto, la información que se habría obtenido habría determinado una absolución, entonces el juez vendrá obligado a reseñar este incidente en la parte narrativa de la sentencia y explicar por qué considera que tal información era intrascendente.

d.- Conclusiones de las partes acusadoras y de la defensa.

Dentro de las circunstancias en que se produce el debate del hecho objeto del proceso, debe recogerse de manera clara y precisa, las conclusiones, tanto de las partes acusadoras como de la defensa, a fin de resolverlas o contestarlas en las partes motiva y dispositiva de la sentencia.

Por ejemplo, si el fiscal en sus conclusiones alega que los hechos justiciables constituyen el delito de homicidio calificado o asesinato, pero no dice en qué consisten las calificantes ni en cuáles hechos las funda, el juez debe declarar esta omisión, para que no haya ulteriores reclamos. Si, en cambio, el fiscal explica su posición y la fundamenta, pero el juez no la comparte, la discrepancia del juzgador debe quedar también plasmada en la sentencia. Lo mismo ocurre cuando los defensores alegan "legítima defensa", o cualquier otra causa de justificación u otro argumento exculpatorio. El tribunal debe recoger en la narrativa el uso de esas defensas, para después razonar sobre ellas en la motiva, expresando si las acoge o no y por que, para luego rematar la faena en la dispositiva. Debemos reconocer, empero, que la mayoría de los defensores públicos y privados, no articulan defensas jamás ni tampoco exponen algo que pudiera acercarse a una teoría del caso, ni en la contestación de la acusación ni en el juicio oral y solo se contentan con decir que a su defendido se le han violado sus derechos humanos.

2.- Parte motiva.

La parte motiva de la sentencia debe ser el producto de los razonamientos de los jueces sobre si los hechos objeto del proceso y su calificación jurídica han quedado acreditados o no con la prueba practicada y su valoración de dicha prueba, de los incidentes acaecidos durante el debate y de las conclusiones de las partes.

a.- *La determinación precisa y circunstanciada de los hechos que el tribunal estima acreditados*.

La plasmación en la sentencia de los hechos que el tribunal de juicio considera acreditados es lo que en otras culturas jurídicas, como "resultando probado". Así se le denominaba hasta hace poco en España y Cuba. El resultando probado (hechos dados por probados) y la forma de valoración de la prueba son la piedra angular de toda sentencia y de la penal mucho más, porque a partir de estos elementos es que se puede apreciar si el tribunal juzgó bien o juzgó mal y si aplicó correctamente o no el derecho.

Los hechos que el tribunal estima acreditados deben ser narrados de forma asertiva y clara, en las modalidades del tiempo pasado (sustrajo, mató, hubo de sustraer) de los verbos,

despojados todo elemento inatinente y con expresión precisa de las circunstancias en que ocurrieron esos hechos (quien, cómo, cuando, dónde, por qué, para qué, etc). Es decir, para comprensión general, hay las siguientes variantes:

1.- Si el tribunal considera que el sujeto realizó ciertos hechos que son delito – que no tienen necesariamente que ser los mismos que les imputan - , dirá que: "...con la prueba practicada en el juicio oral ha quedado demostrado que el acusado ... utilizó la cantidad de ... que su tía ... le entregó en su casa el día 28 de mayo de 2008, para que los depositara en el banco, en una cuenta de la cual la señora es titular, pero el acusado no lo hizo y en cambio, ese mismo día, aproximadamente a las tres de la tarde, entró a la tienda de artículos para caballeros llamada "... ", ubicada en el Centro Comercial ... y adquirió para sí un traje marca "Pierre Cardin", por un valor igual a la suma de dinero que le había sido confiada". Ya con eso están satisfechas las exigencias de la tipificación de una apropiación indebida agravada y por ello no es necesario que "el hecho se denunció en la Comisaría Tal ...", o que "...producto de la investigación se conoció tal o cual cosa..." u otras menciones inútiles por el estilo, que hacen difícil inteligir los hechos. Incluso, aquí no es necesario plasmar siquiera que el traje y la factura de compra se los ocupó la policía en un allanamiento a su casa, pues eso es materia del análisis de pruebas.

2.- Cuando no se haya podido determinar la fecha exacta de un acontecimiento se plasmará la fecha aproximada. Así se podrá decir que "...con la prueba practicada en el juicio oral ha quedado demostrado que el acusado ... , en fecha no precisada pero comprendida entre los meses de abril y de junio del año 2008, llevó bajo engaño a la señorita ... hasta un paraje boscoso situado a un kilómetro monte adentro de la carretera que conduce de Charallave a Cúa, entrando por el parador "Las Brisas" y la estranguló usando una cuerda que portaba ..."

3.- Si se ha demostró que el acusado no pudo haber cometido el hecho porque estaba a miles de kilómetros de distancia, habrá que decir: "...con la prueba practicada en el juicio oral ha quedado demostrado que el acusado ... no pudo ser la persona que diera muerte a ..., el día 19 de octubre de 2006, por cuanto ese día se encontraba detenido en el Centro Correccional Brown de Miami, Florida, cumpliendo una pena de tres meses de arresto, sin que hubiere salido de ese centro penitenciario desde el día 01 de septiembre de 2006, fecha de su ingreso, hasta su egreso el día 30 de noviembre de 2006.

4.- Si se ha probado que el hecho imputado es inexistente, entonces el asunto sería así: "...con la prueba practicada en el juicio oral ha quedado demostrado que la señorita ... nunca fue violada, por lo cual no pudo ser sujeto pasivo de ese delito por parte del acusado ...

5.- Si el hecho criminal resulta probado, mas no la autoría que se atribuye al acusado, entonces habría que decir: "...con la prueba practicada en el juicio oral ha quedado demostrado que personas hasta ahora desconocidas, dieron muerte al ciudadano ..., el día 6 de julio de 2005, a las 11 de la noche, en la Tasca "La Semilla", situada en la Calle Panamá

con Calle Zapata de la Ciudad de Punto Fijo; Estado Falcón, sin que quedara acreditada la participación en ese hecho del acusado ...

Lo que si está de manifiesto, es que la determinación de los hechos que el tribunal considera probados, debe ser únicamente producto del análisis de la prueba practicada en el juicio oral y su redacción tiene que ser fruto de la mente del juez y no trascripción de acta alguna.

b.- La valoración de la prueba.

La valoración de la prueba debe hacerse de manera individual y de conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica, de la lógica y los conocimientos científicos. Para ello, será necesario que el juez o tribunal analice, uno por uno, los medios probatorios practicados y nos diga que indica o deja de indicar y en que medida responde a la pertinencia que le asignó quien lo promovió. Luego se correlaciona todo lo analizado, se establecen las prioridades o tendencias probatorias y se define lo que realmente se considera acreditado o no.

El análisis de prueba debe ser de ese tenor y no es necesario y además reprobable, el reproducir los testimonios contenidos en el acta o registro del juicio oral, pues estos siempre estarán allí para ser consultados y contrastados con la sentencia. Sin embargo, si es posible transcribir algún pequeño extracto del acta, cuando alguna declaración resulte muy contundente.

Claro está, redactar un análisis de prueba de esta manera supone creatividad, paciencia, esfuerzo y poder de síntesis.

c.- Calificación jurídica que el tribunal confiere a los hechos que considera probados.

Aquí el tribunal debe ser directo y expresar:

> *"De conformidad con los hechos que se declaran probados, el acusado _____, es responsable, en carácter de _____ (autor, cooperador, cómplice, etc.) del (o de los) delito(s) de _____, previsto(s) y sancionado(s) en _____ (Código Penal o ley especial), por cuanto _____ [explicación de por qué considera que esta es la norma o normas aplicable(s)]."*

Si fueren varios los acusados el tribunal deberá repetir esta fórmula por cada uno de ellos.

Si la sentencia fuere absolutoria, el tribunal simplemente adecuará el razonamiento a la modalidad de hecho que motive la absolución, de la siguiente manera:

> *"Visto que en el juicio oral y público (1.- ha quedado demostrado que los hechos atribuidos al acusado no ocurrieron; o 2.- se demostró que el acusado no participó en los hechos objeto del proceso; o 3.- no pudo demostrarse la participación del acusado en los hechos objeto del proceso; 4.- el fiscal retiró su acusación, etc.), procede su total y libre absolución."*

d.- Análisis de las conclusiones de las partes.

En esta parte, el tribunal deberá dar respuesta a lo planteado por las partes en sus conclusiones. Por ejemplo, si el fiscal planteo que el delito cometido por el acusado lo fue en una figura agravada o calificada y el tribunal consideró que lo fue en una modalidad básica, debe entonces explicar por qué lo considera así y si la defensa alegó una causal de exclusión de la antijuricidad y se desecha ese argumento y condena, el tribunal debe explicar por qué considera que no concurre esa causal y así sucesivamente con todas y cada una de los argumentos de las partes.

3.- Parte dispositiva.

a.- Decisión de condenar, penalidad impuesta y justificación jurídica de la pena.

La decisión de condenar debe expresarse en forma asertiva, preferentemente en presente indicativo, de la siguiente manera:

> *DISPOSITIVA*
>
> *Este tribunal, en nombre de (la República, el Pueblo,etc.) y por autoridad de la ley condena a _____ (nombre del imputado), ya identificado, como _____ (autor, cooperador, cómplice, etc.) y le condena a cumplir la pena de _____ (tipo y cantidad de pena), que cumplirá en _____ ..*

Para la imposición de la pena este tribunal toma en cuenta _____ (explicar la dosificación de la pena. Esta fórmula puede usarse en plural si fueren varios los imputados con un mismo grado de participación y un mismo tipo de pena. Y si fueren varios los imputados, con diferentes grados de participación y penas a imponer, puede repetirse esta fórmula por cada uno de ellos).

Asimismo se imponen como penas accesorias las siguientes_____ (especificar).

Igualmente se determina como responsabilidad civil derivada de delito la siguiente: _____ (especificar por cada acusado condenado).

b.- Decisión de absolver o sobreseer respecto a ciertos hechos y su justificación.

Si el juez o tribunal considera que debe absolver sobreseer parcialmente respecto de alguno de los hechos imputados, debe hacer el pronunciamiento respectivo en esta parte de la decisión, pero antes tiene haber hecho la calificación jurídica correspondiente en la parte motiva de la sentencia, es decir, tiene que expresar en aquella parte, cuales son los hechos imputados que considera prescritos, no típicos o absolutamente infundados.

Si el juez considera que debe absolver totalmente al acusado, debe haber previamente declarado en la parte narrativa que ha quedado demostrado que los hechos atribuidos al acusado no ocurrieron; o que se demostró que el acusado no participó en los hechos objeto del proceso; o que no pudo demostrarse la participación del acusado en los hechos objeto del proceso; o que el fiscal desistió de la acusación y que en cualquiera de estos casos, procede la absolución del acusado.

C.- FORMALIDADES ESENCIALES DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Los jueces deberán dictar las decisiones de mero trámite en el acto, es decir, a la mayor brevedad después de formulada la solicitud o acaecido el hecho sobre el que se deba decidir. Los autos y las sentencias definitivas que sucedan a una audiencia oral serán pronunciados inmediatamente después de concluida la audiencia. En las actuaciones escritas las decisiones se dictarán dentro de los tres días siguientes.

La celeridad procesal es, en teoría, una de las más altas metas en el sistema acusatorio y de ahí que se imponga a los jueces la obligación de decidir en el acto cuando existen audiencias orales, pues de nada serviría la adopción de un modelo de juzgamiento de oralidad plena si los jueces se reservaran lapsos prolongados para decidir. La celeridad de la decisión en las actuaciones orales es posibilitada por la inmediatez. En la audiencia están todos los elementos para decidir, lo demás es

iura novit curia y cuanto más estudioso y sapiente sea el juez más rápido podrá decidir. Por tanto, los jueces que no pueden decidir en el acto se ponen en evidencia y pierden credibilidad, de tal manera que se ven forzados a dejar su lugar a otros. El principio de la inmediatez de la decisión solo admite las excepciones que determina la ley en razón de la complejidad de ciertos asuntos.

Todas las decisiones judiciales deberán ser firmadas por los jueces que las hayan dictado y por el secretario del tribunal. La falta de firma del juez y del secretario producirá la nulidad del acto. En este caso hay que entender que en las sentencias de tribunales mixtos, es necesaria, so pena de nulidad, la firma de los escabinos, a menos que éstos no puedan ser localizados, caso en el cual el juez y el secretario deben hacerlo constar al pie de la sentencia.

Cualquier duda acerca de la intervención de los escabinos o jueces legos en la deliberación y votación de la sentencia, debe ser suplida con el acta de juicio oral.

Las sentencias deben ser pronunciadas en audiencia pública, y con su lectura las partes quedan legalmente notificadas. Las notificaciones orales son la regla en el acusatorio, pero algunas legislaciones permiten a los jueces declarar los juicios conclusos para sentencia y publicar posteriormente el fallo.

Es regla general que después de dictada una sentencia o auto, la decisión no podrá ser revocada ni reformada por el tribunal que la haya pronunciado, salvo en aspectos de mera forma, bien de oficio o a instancia de parte. Por lo general, las partes pueden solicitar la aclaratoria de una decisión que, como se sabe, tiene más que todo la función de ganar tiempo para recurrir, pues la solicitud de aclaración hecha por una parte interrumpe el lapso para recurrir.

La teoría general del proceso, contempla tres formas de firmeza de las sentencias:

1.- Por su naturaleza, que son aquellas contra las cuales, según la ley, no cabe recurso alguno;

2.- Por agotamiento de los recursos posibles, al haberse ejercido contra la sentencia todos los recursos que la ley autoriza, lo cual es una variedad del caso anterior;

3.- por consentimiento de las partes, al dejar transcurrir los lapsos para interponer el recurso sin hacerlo o manifestar por escrito al tribunal su conformidad con la sentencia.

CAPÍTULO VI
LOS SUJETOS DEL PROCESO PENAL

1.- CONCEPTO DE SUJETOS PROCESALES. SUJETOS PROCESALES FUNDAMENTALES, SUJETOS PROCESALES CONNATURALES Y SUJETOS PROCESALES EVENTUALES

Son sujetos procesales todas las personas naturales y jurídicas, así como todos los órganos estatales que intervienen en el proceso penal, cualquiera sea su rol o grado de participación.

De conformidad con la importancia de sus respectivos papeles en el proceso penal, los sujetos procesales pueden ser clasificados en:

a.- Fundamentales,

b.- Connaturales y

c.- Eventuales.

A.- SUJETOS FUNDAMENTALES

Los sujetos procesales fundamentales son aquellos que integran la relación jurídico-procesal, sin los cuales no podría existir el proceso. Estos son el órgano jurisdiccional y las partes.

En el caso concreto del proceso penal acusatorio, las partes son el imputado, asistido de su defensor o defensores, como parte acusada, y el Ministerio Público y la víctima del delito, con sus abogados, como partes acusadoras. El órgano jurisdiccional será aquel al que le corresponda conocer en cualquier grado y estado del proceso, pues, obviamente, el conocimiento de un tipo de órgano jurisdiccional excluye el conocimiento de cualquier otro.

B.- SUJETOS CONNATURALES

Los sujetos procesales connaturales son aquellos que tienen intervención habitual o decisiva en el proceso, aun cuando no forman parte de la relación jurídico-procesal, tales como secretarios, alguaciles, escribientes, policías, denunciantes, testigos y peritos. Se les llama sujetos connaturales porque su intervención es cónsona con la naturaleza del proceso penal.

C.- SUJETOS EVENTUALES

Los sujetos procesales eventuales son aquellos que, como su nombre indica, pueden tener una participación eventual en el proceso, de manera tal que pueden estar o no presentes en un enjuiciamiento concreto. Tal es el caso del demandante civil, del tercero civilmente responsable, del tercero excluyente y del público en general.

2.- EL ÓRGANO JURISDICCIONAL COMO SUJETO PRINCIPAL DEL PROCESO PENAL. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL DERECHO PROCESAL PENAL VENEZOLANO

El órgano jurisdiccional es el sujeto más importante del proceso penal, pues a él corresponde el constatar la existencia o no del hecho punible, determinar las consecuencias de aquél y las responsabilidades que de él se deriven y propender a restablecer la legalidad quebrantada. Para ello el órgano jurisdiccional debe actuar como sujeto impulsor, director y decisor del proceso.

A.- PLURALIDAD DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN EL PROCESO PENAL

A pesar de que hasta ahora hemos hablado en singular acerca del órgano jurisdiccional, en realidad en el proceso penal, solamente en la primera instancia, intervienen más de un órgano jurisdiccional, de ordinario dos, el juez de instrucción o el juez de garantías, según se trate, y el juez

o tribunal de conocimiento o de la causa o tribunal de juicio. Solo en el caso de los procedimientos de fuerte sabor inquisitivo se concibe la existencia de un juez único en primera instancia.

Una de las características esenciales del proceso penal, que lo distingue de los procesos civiles, mercantiles, laborales y administrativos, y que explicaremos con todo detalle más adelante, es que presenta una fase de instrucción o introductoria, previa al debate penal propiamente dicho, durante la cual debe comprobarse la existencia del hecho punible y acopiarse los elementos de convicción que vinculen a las personas sindicadas con dicho hecho punible.

Ahora bien, en buena lógica es de entender, que el juez que dirija o supervise dicha fase de instrucción, queda de alguna manera identificado o parcializado con sus resultados, por lo cual resulta conveniente que dicho juez o tribunal no sea el mismo que deba conocer de la etapa plenaria o de juicio del proceso, ya que estaría de cierta manera prejuiciado o parcializado, incluso por meras razones de amor propio.

Por tal razón se comprende el fracaso de todos los intentos de eliminar los jueces de instrucción y convertirlos en jueces únicos de primera instancia penal, con conocimiento tanto del sumario, como del plenario. Esta misma fue la causa del fracaso de la reforma española de 11 de noviembre de 1980, que dispuso que los jueces de instrucción celebraran los juicios orales de las mismas causas que habían instruido, en los casos de delitos menores o menos graves.

En general, la dirección o supervisión de la fase sumarial o preparatoria en los procedimientos tanto acusatorios como inquisitivos, corre a cargo de jueces unipersonales. Sin embargo, la diferencia entre los sistemas inquisitivo y acusatorio es evidente en cuanto al tipo de órgano jurisdiccional que debe conocer y dirigir la fase plenaria o de juicio.

En el sistema inquisitivo, el juez de conocimiento o de juicio es casi siempre, por no decir siempre, un juez unipersonal que incluso, como ya hemos dicho antes, puede ser diverso, pues dadas las características del juicio escrito inquisitivo, un juez puede estar a cargo del proceso durante la etapa probatoria y ser otro juez quien sentencie.

Sin embargo, en el sistema acusatorio en materia penal, la forma del órgano jurisdiccional que debe escuchar, dirigir y decidir el juicio oral es sumamente variada.

En este sentido, la práctica histórica ha desarrollado cuatro modelos esenciales de órganos judiciales decisores de los procesos penales en el sistema acusatorio:

1.- El juez profesional con jurado

Este sistema, utilizado fundamentalmente en los países del Common Law, se basa en la presencia de un juez profesional (abogado) al que comúnmente se le denomina «bench», el cual tiene como misión dirigir el debate y garantizar la igualdad en el debate, pero no decide sobre la culpabilidad o no del acusado, ya que ello es misión del jurado, un órgano colegiado, formado, según

la legislación de cada lugar, por entre seis y doce personas legas en Derecho. Cuando el jurado declara inocente al acusado, el juez lo declara absuelto y lo pone en libertad inmediatamente si estuviere detenido, y si el jurado declarase culpable al acusado, entonces el juez procederá a adecuarle la sanción respectiva de acuerdo a los cargos de que se trate y a los antecedentes del acusado. El jurado, por su parte, se limita a presenciar el desarrollo del juicio oral y, luego de retirarse a deliberar por todo el tiempo que sea necesario, regresa a la sala del juicio y pronuncia su veredicto, el cual es de conciencia y no de derecho, pues el jurado no tiene por qué, ni puede, dar explicación, fundamentación o motivación de su decisión. El sistema anglosajón y particularmente el norteamericano, permite al juez de la causa entregar al jurado la decisión de la sentencia a imponer al acusado en aquellas causas particularmente graves donde generalmente la escogencia es entre la pena de muerte y la cadena perpetua.

El jurado, muy apreciado por muchos, es hoy día el punto flaco del proceso anglosajón, pues cada día es más difícil, merced al desarrollo de los medios de comunicación y por el crecimiento de las tensiones sociales, encontrar jurados realmente imparciales y no influenciables. Además el hecho de que los jurados no fundamenten o motiven sus veredictos es fuente de frecuentes arbitrariedades, sobre todo en cuanto a la apreciación de la prueba, lo cual trajo como consecuencias, primero, la necesidad de que todo veredicto condenatorio tenga que ser unánime y segundo, el hecho de que se haya impuesto la recepción de los juicios orales en versiones taquigráficas, abandonándose de tal manera el principio de la oralidad plena, aunque es necesario aclarar que los jurados no pueden tener a la vista dichas versiones taquigráficas a la hora de sus deliberaciones y éstas solo se usan para el control del resultado procesal por el tribunal superior por la vía de los recursos.

Por otra parte, el juicio por jurados supone, desde el punto de vista de la economía procesal, entendida en costos del proceso, gastos considerables, ya que el proceso de selección del jurado, su aislamiento en un hotel durante lo que dure el juicio y el pago de sus viáticos y sueldos por ese mismo período. Por esta razón, en los países del *Common Law* cada vez son más frecuentes los arreglos compositivos previos al juicio oral, en los cuales el acusado acepta cargos menores a los originalmente imputados a cambio de una rebaja de pena[38], así como la celebración de juicios sin jurados, que hoy en los Estados Unidos supera el 60% de las causas por delitos menores[39].

---

[38].- Este tipo de arreglo, que es visto con simpatía por algunos, porque indiscutiblemente aligera el trabajo de los tribunales, se funda en una característica *non sancta* del proceso penal anglosajón que consiste en no permitir la intervención de víctimas y perjudicados en el ejercicio de la acción penal, lo cual puede dar pie a que tales arreglos se hagan en franco detrimento de aquéllos. El fundamento de semejante proceder es la concepción anglosajona del orden público que lo considera privativo del Estado, en tanto que los particulares deben buscar su satisfacción en la vía civil.

[39].- Ver: KAPLAN, Benjamin: "El Juicio por Jurado", en *Diversos aspectos del Derecho en los Estados Unidos.* Editorial Letras S.A., México, 1965, págs. 49-58.

2.- El tribunal unipersonal

Es el sistema más cuestionable y odioso, sobre todo si del conocimiento sustancial o juicio oral se trata, pues la responsabilidad de juzgar recae en un solo individuo, sin posibilidad de que las pasiones al menos queden repartidas. Este juez unipersonal, lo es de hecho y de derecho, es decir, de él depende la declaración de culpabilidad o no, la calificación jurídica de los hechos y la adecuación de la sentencia. Como atenuante a su unipersonalidad, generalmente se le impone la obligación de motivar sus sentencias y de analizar su valoración de las pruebas. Este sistema está cada día más en desuso, aunque todavía se utiliza en países de notable tradición jurídica, como Argentina, donde subsiste en algunas provincias, recordando que en aquel país la legislación procesal es federal y cada provincia tiene sus leyes procesales.

Por lo general, el tribunal unipersonal, allí donde se usa, está limitado a la solución de juicios por delitos leves o cuyas penas son exiguas, o a actuar como juez de control o garantía, procesamiento *(one man jury)* o instrucción.

3.- El tribunal mixto de jueces profesionales y legos

Es un sistema que tiene sus antecedentes en los llamados tribunales escabinos en Alemania, en las llamadas *cours d'assises* en Francia y en los llamados *narordniye sudyi* en la Rusia bolchevique, y consiste en un órgano mixto conformado por jueces profesionales (abogados), en número de uno o tres y jueces legos, escogidos entre la ciudadanía cuyo número oscila entre dos y nueve. En este sistema existen dos variantes: en una de ellas los jueces legos participan con los jueces profesionales en las decisiones tanto de hecho (culpabilidad) como de derecho y en la otra variante, los jueces legos solo participan, como los jurados anglosajones, en las decisiones de hecho, reservándose las de derecho para los profesionales.

Los jueces legos o escabinos pueden ser elegidos o designados bien para un período concreto, como ocurría en la Rusia soviética y otros países comunistas, o para un juicio concreto, como ha ocurrido en Alemania, Italia y Francia, lo cual nos parece más razonable y cónsono con el principio de participación popular en la administración de justicia, porque un juez lego electo por dos años, con posibilidad ilimitada de ser reelegido, como ocurría en la desaparecida URSS, termina profesionalizándose y convirtiéndose en ficha política.

4.- El tribunal colegiado de jueces profesionales

Es la forma más seria y segura de tribunal penal, sobre todo cuando tiene la obligación de motivar sus fallos y de analizar su valoración de las pruebas. Los que conozcan bien el sistema establecido originalmente por la LECrim española recordarán que la sola composición colegiada y profesional de las Audiencias Provinciales y Territoriales no garantizaba fallos justos, ya que dicha ley se basaba en el sistema francés del primado de la oralidad en el juicio oral, que se caracteriza por el juzgamiento en una única instancia de oralidad total, con la consiguiente dictadura del resultando probado, según la cual el tribunal se limitaba a declarar cuáles hechos consideraba probados sin decir de dónde y cómo extraía su convicción, por lo que el único recurso contra la sentencia así pronunciada era una casación de estricto derecho.

La motivación de las decisiones debe ser un elemento adicional de seguridad jurídica, además de la pluralidad y profesionalidad del tribunal, que solo el tribunal profesional colegiado está en capacidad de garantizar plenamente.

La motivación de la sentencia, sobre todo en lo que se refiere a la valoración de la prueba, es tan importante, que ya hoy en diversos países su exigencia es un principio constitucional, como lo establece claramente la Constitución española de 1978. Pero para que la motivación de la sentencia sea efectiva, es necesario que se desechen los modelos de oralidad total en el juicio oral y se establezca alguna forma de documentación simultánea del juicio oral (taquigrafía, grabación o filmación), a los efectos de que los tribunales de alzada puedan controlar la fuente de la convicción del tribunal *a quo.*

5.- Los tribunales de alzada

Por supuesto, el número de órganos que intervienen en el proceso penal se amplía a través de los recursos, en dependencia de los diversos ordenamientos jurídicos. Algunas legislaciones, como es el caso de Venezuela, establecen un recurso de apelación, además del recurso de casación. Ello implica que en el proceso penal pueden intervenir los tribunales de apelación y los tribunales de casación. Otras legislaciones, en cambio, establecen solo la casación como recurso contra los fallos de primera instancia, como ocurre en España y Cuba.

Por lo general, en los sistemas inquisitivos el juez de segunda instancia es un tribunal unipersonal, generalmente conocido como juez superior, pero en los ordenamientos acusatorios los tribunales de segunda instancia suelen ser tribunales profesionales colegiados que reciben normalmente la denominación de cortes de apelación[40]. Sin embargo, todos los sistemas del mundo consagran algún tipo de recurso cuspidario en el procedimiento penal, que puede ser un recurso de casación al estilo francés (la forma más difundida), una simple apelación adicional, o una mera revisión de la constitucionalidad del proceso (como en los EE.UU), que siempre será conocido y

[40].- Las cortes de apelación se denominan *Court of Appeal* en Estados Unidos, *Cours d'Appel* en Francia, *Corte d' Appello* en Italia, *Berufungsgericht* en Alemania, Corte de Apelaciones en Venezuela.

decidido por el máximo tribunal del país, bien se llame Corte Suprema o Tribunal Supremo, ya sea como tribunal en pleno o por una sala especializada. Así está consagrado en la Constitución venezolana actual.

B.- LA IDONEIDAD SUBJETIVA DEL JUZGADOR

La idoneidad subjetiva del juzgador es la aptitud personal de los miembros que componen el órgano llamado a conocer y decidir en un proceso concreto. La doctrina científica la conoce también como competencia subjetiva, pero como dijimos al referirnos a la competencia objetiva, prefiero la noción de idoneidad subjetiva por ser más cercana al concepto de capacidad para juzgar del sujeto procesalmente cognoscente que al concepto de medida de la jurisdicción.

La idoneidad subjetiva del juzgador se manifiesta en cuatro indicadores muy concretos, denominados: imparcialidad, capacidad, cualidad y catergoría o rango, los que pasamos a explicar de seguidas.

1.-La imparcialidad del juzgador

La imparcialidad del juzgador está determinada por el hecho de que no existan en su conducta situaciones que comprometan o que puedan comprometer la justeza y probidad de sus decisiones.

La imparcialidad del juzgador se determina en la ciencia procesal a través de las causales de inhibición, excusa o recusación, que no son otra cosa que un listado de situaciones hipotéticas de parcialidad en las cuales se supone que no debe estar incurso el juzgador o cualquier otro funcionario actuante con trascendencia en el proceso, para ser considerado imparcial.

Los entendidos en la ciencia procesal estiman que las causales de parcialidad deben ser reguladas en forma principal como causales de inhibición o excusa, y solo subsidiariamente como causales de recusación, a los efectos del autocontrol de cada funcionario respecto a su propia idoneidad e imparcialidad. Para hacer esto, se supone que las leyes procesales deben decir: «Son causales de inhibición o excusa las siguientes»... y a continuación establecer las causales concretas, para luego decir lo siguiente: «El que estuviere incurso en cualquier causal de inhibición y no se inhibiere voluntariamente, podrá ser recusado».

Pero en la práctica, la inmensa mayoría de los ordenamientos procesales regula esta cuestión a la inversa, esto es, las causas de parcialidad se establecen como causales de recusación y luego se dice que el funcionario incurso en una de esas causales debe excusarse, inhibirse o abstenerse de actuar antes de que se le recuse, o de lo contrario podría ser objeto de una sanción disciplinaria. Esto se hace de esa manera, con más sentido práctico que científico, pues la regulación de la recusación en primer plano, favorece el que sean las mismas partes quienes procuren apartar del proceso a quien no sea imparcial, al tiempo que la sanción que se impone a quien, a sabiendas de que está incurso en causal de recusación y no se inhibe, coadyuva a fortalecer la búsqueda de la imparcialidad del

juzgador como presupuesto del valor justicia. La recusación es pues, un derecho de las partes, que solo pueden ejercer en la forma y oportunidad y por las razones establecidas en la ley. La inhibición, en cambio, es un deber u obligación del juzgador, pues se trata de la posibilidad de que el mismo juzgador controle su propia idoneidad en caso de conflicto de intereses o situaciones que pudieran hacerlo sospechoso de parcialidad y empañar su ejecutoria pública. Algunas legislaciones siguen esta línea y establecen el derecho de las partes, es decir, el fiscal, el imputado o su defensor y la víctima, a recusar y fuera de éstos ningún otro partícipe del proceso puede recusar. Otras legislaciones, en cambio, permiten que los herederos de las partes puedan recusar, en aquellas situaciones donde son llamados a sostener sus derechos dentro del proceso.

Por otra parte, algunas legislaciones, contemplan la posibilidad de que la parte contra quien obre la situación de parcialidad del juez, perdone esta circunstancia y haga constar en autos que no tiene objeción a que dicho funcionario continúe conociendo. Esta dispensa al incurso en causa de parcialidad se denomina *allanamiento,* porque allana el camino para que siga conociendo. Las legislaciones procesales penales se inclinan casi siempre, por razones de orden público, a prohibir el allanamiento de los incursos en causal de recusación.

En realidad, no solo los jueces son recusables cuando se sospeche que no serían imparciales, sino también, los jurados populares, los escabinos o jueces legos, los fiscales, los secretarios, los expertos, peritos e intérpretes y cualesquiera otros funcionarios que pudieran tener alguna participación importante en el proceso.

Las causales más comunes, por las cuales puede recusarse, son las siguientes:

1. Por el parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto y segundo grado respectivamente, con cualquiera de las partes o con el representante de alguna de ellas;
2. Por el parentesco de afinidad del recusado con el cónyuge de cualquiera de las partes, hasta el segundo grado, inclusive, caso de vivir el cónyuge que lo cause, si no está divorciado, o caso de haber hijos de él con la parte aunque haya muerto o se encuentre divorciado;
3. Por ser o haber sido el recusado padre adoptante o hijo adoptivo de alguna de las partes;
4. Por tener con cualquiera de las partes amistad íntima o enemistad manifiesta;
5. Por tener el recusado, su cónyuge o alguno de sus afines o parientes consanguíneos, dentro de los grados requeridos, interés directo en los resultados del proceso;
6. Por haber mantenido directa o indirectamente, sin la presencia de todas las partes, alguna clase de comunicación con cualquiera de ellas o de sus abogados, sobre el asunto sometido a su conocimiento;

7. Por haber emitido opinión en la causa con conocimiento de ella, o haber intervenido como fiscal, defensor, experto, intérprete o testigo, siempre que, en cualquiera de estos casos, el recusado se encuentre desempeñando el cargo de juez;

8. Por cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte la imparcialidad del recusado.

Las causales de recusación se dan en dos grupos perfectamente definidos: las que tratan de las relaciones personales entre el juzgador y las partes (numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6) ; y las que se refieren a la relación anterior del juzgador con los hechos del proceso (numerales 7 y 8). En el caso del numeral 8, que es completamente abierto, caben circunstancias como que el juzgador esté sensibilizado fuertemente respecto a hechos similares al que se juzga, como sería el caso de una persona que deba juzgar un hecho de violación y ella misma, o su hija, o su madre, etc. hayan sido violadas.

2.-Capacidad del juzgador

Se refiere a que la persona del juzgador cumpla con los requisitos legales para ser tal. Si se trata de un juez profesional, estos requisitos están contenidos en la Constitución y en las leyes que regulan la estructura y gobierno del Poder Judicial.. Así, por ejemplo, si se detecta que algún juez profesional no posee realmente título de abogado, siendo este un requisito esencial para desempeñar el cargo, puede ser separado del conocimiento, no solo de un proceso concreto, sino de la función judicial.

La capacidad de los escabinos, jueces legos y jurados populares se regula por las normas de participación ciudadana establecidas en la legislación de cada lugar, que exige para ellos ciertos requisitos de edad, escolaridad, conducta ciudadana, etc.

3.- Cualidad del juzgador

La cualidad del juzgador viene determinada por el nombramiento formal. Quien no se haya juramentado y tomado posesión de su cargo no podrá actuar como juzgador y los actos que autorizare o decidiere adolecen de nulidad absoluta. Las normas sobre nombramiento, toma de posesión y acreditación de jueces profesionales, escabinos y jurados se regulan, en la Constitución, las leyes de organización del Poder Judicial y las normas administrativas internas del sistema judicial.

5.- Categoría o rango

Es la investidura del rango adecuado para realizar un acto procesal, pues una persona puede tener todos los requisitos para ser juez y tener la investidura formal de juez, pero no estar habilitado para actuar en un proceso concreto, ya que para ello necesita la autorización, habilitación o permiso correspondientes. Éste es el caso de los jueces en comisión, provisorios, temporales o suplentes.

En este sentido, una persona puede desempeñarse válidamente como juez en un lugar, pero para conocer de una causa que se ventila en un lugar fuera de su jurisdicción, necesitará de un permiso o autorización por parte de las autoridades gubernativas del Poder judicial correspondientes.

D.- LOS SISTEMAS DE SELECCIÓN DE LOS JUECES Y LA CARRERA JUDICIAL

1.- *Sistemas de selección de los jueces*

Siempre que se toque el tema de la idoneidad subjetiva del juzgador y de sus íntimos componentes, habrá necesariamente que hacer referencia a los sistemas para la elección o designación de los jueces.

Los sistemas hasta ahora conocidos son básicamente cinco:

a.- La designación directa por los órganos del Poder Ejecutivo.

b.- La cooptación directa por los órganos gubernativos del Poder Judicial o autogerminación, como la llamaba el jurista venezolano Humberto Cuenca[41].

c.- La elección por votación popular directa.

d.- La elección por los órganos deliberantes.

e.- La designación por concursos de oposición.

2.- *La carrera judicial*

Es un estatus especial establecido por la ley, que confiere a los jueces la cualidad de ser inamovibles en sus cargos, es decir, de gozar de estabilidad laboral y del derecho de no ser removidos sino por las causas y los procedimientos establecidos en la legislación que regule la carrera judicial. Estabilidad, permanencia, continuidad y promoción son, pues, las características esenciales de la carrera judicial.

Por estas mismas razones, la carrera judicial presupone la existencia de un riguroso escalafón, que sirva de fundamento para la promoción de los jueces, pues sin escalafón la carrera judicial es inconcebible. El escalafón judicial se establece mediante una combinación de elementos objetivos y subjetivos.

---

[41].- Ver: Cuenca, Humberto. *Curso de Derecho Civil*, Tomo I.

El elemento objetivo del escalafón se establece asignando categorías a todos los tribunales del país, según su rango, y dentro de los de un mismo rango, sobre la base de la importancia de los núcleos poblacionales o regiones donde estén situados estos tribunales, lo cual será siempre indicativo del volumen y la importancia de los asuntos atribuidos al conocimiento de un órgano jurisdiccional. Así, un tribunal de municipio en la capital de la nación, no puede tener la misma categoría que un tribunal de municipio ubicado en una remota región del interior del país, pero un tribunal superior de aquella región deberá siempre tener mayor categoría que cualquier tribunal municipal de la capital. Así se garantizaría la promoción de los jueces de los tribunales de menor categoría a los de superior categoría.

El elemento subjetivo del escalafón judicial está constituido por la evaluación personal de cada juez, conforme a una escala objetiva de méritos, de manera que pueda establecerse, a la hora de una promoción o ascenso, quién entre los aspirantes es el más idóneo o capaz para ocupar la vacante en disputa.

Conforme a estos dos tipos de elementos o indicadores, el escalafón se conformaría por rangos, de forma tal que habría un sub-escalafón de jueces municipales, otro de jueces de primera instancia, otro de jueces superiores, y así sucesivamente hasta la Corte o Tribunal Supremo.

Sobre la base de este escalafón, cuando, por ejemplo, exista una vacante en un tribunal municipal en la capital, se preferirá para cubrirla al juez mejor ubicado en el escalafón de los jueces municipales y lo mismo ocurriría si vacare una plaza para la categoría inferior del rango superior (primera instancia, verbigracia), y así sucesivamente.

Los elementos fundamentales de la regulación jurídica de la carrera judicial son el ingreso, la promoción o ascenso y la cesación. La forma de ingreso idónea a la carrera judicial es el concurso de oposición y siempre para ingresar por la categoría inferior del escalafón. La promoción o ascenso se debe realizar conforme al régimen escalafonario establecido y la cesación ocurre bien sea por jubilación, por renuncia o por destitución, siempre de conformidad con la ley. Todos los aspectos referentes a la aplicación, observancia y vigilancia de la carrera judicial corresponde a los órganos gubernativos del Poder Judicial, función esta que suelen cumplir los Supremos Tribunales, las Altas Cortes u órganos eminentemente administrativos como los Consejos de la Magistratura, Consejos de la Judicatura, Dirección Ejecutiva del Poder Judicial, etc.

La dificultad principal que pudiera presentar un sistema judicial basado exclusivamente en la carrera judicial como forma de designación y promoción de los jueces, consiste en que se cierra el camino para que eminentes juristas de otros campos del quehacer profesional puedan incorporarse a la función judicial, con lo cual se priva al Poder Judicial de una magnífica fuente de mejoramiento de su personal. Al mismo tiempo, un sistema fundado solo en la carrera judicial no permite reflejar el momento político y las distintas correlaciones de fuerza en la lucha social, al tiempo que contribuye

a formar un espíritu de cuerpo elitista entre los jueces, que los tiende a transformar en una casta cerrada y generalmente reaccionaria.

Por esta razón en muchos países la carrera judicial se combina con nombramientos directos por el Poder Ejecutivo y elecciones para los cargos de juez. Otros países como los Estados Unidos, renuncian a la carrera judicial y prefieren la elección directa de los jueces por los ciudadanos o por colegios de electores compromisarios y, en el caso de la Corte Suprema de la Nación, por la designación de sus magistrados, de forma vitalicia, por el Presidente de los Estados Unidos. En tal sentido, el sistema más evolucionado que hemos conocido hasta ahora, es el llamado sistema de triple fuente o de triple turno, ideado por el jurista cubano Jesús María Barraquer[42] en la década de 1930, y que consistía en una combinación de carrera judicial, concurso de oposición abierto y designación por el Ejecutivo. Así, por ejemplo, cuando vacaba un cargo de juez de primera instancia en cualquier parte del país, la vacante se cubría por el escalafón judicial. La siguiente vacante de un juez de primera instancia se proveía por un concurso abierto en el que podían tomar parte todos los juristas del país, fueran jueces o no, que cumplieran los requisitos para el cargo. Finalmente, la tercera vacante debía ser cubierta por designación del Poder Ejecutivo. Luego, la próxima vacante de un juez de primera instancia se cubriría por escalafón, y así sucesivamente hasta cumplir nuevamente el ciclo y así también para todos los rangos o niveles del sistema judicial.

3.- LOS AUXILIARES JUDICIALES COMO SUJETOS DEL PROCESO PENAL. SECRETARIOS, ESCRIBIENTES Y ALGUACILES

Algunos autores consideran que los secretarios, escribientes y alguaciles forman parte del órgano jurisdiccional y como tal los estudian. Sin embargo, si bien desde el punto de vista administrativo esto es cierto, es obvio que las funciones de tales funcionarios son absolutamente deslindables de las encomendadas a las personas que deben decidir el proceso, y por eso nos parece conveniente separarlos al objeto de su estudio.

Las funciones de los llamados auxiliares judiciales (secretarios, escribientes y alguaciles) consisten en apoyar la labor del juzgador, mediante la elaboración de las actas judiciales, composición y control de los expedientes y práctica de diligencias tales como toma de declaraciones, citaciones, notificaciones, emplazamientos, así como llevar la secuencia general del proceso.

---

[42].- Jesús María Barraqué y Adué (1878-1941), reconocido jurisconsulto y profesor de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal de la Universidad de La Habana, fue nombrado ministro de Justicia en 1926 por el presidente Gerardo Machado Morales y desde ese puesto hizo notables contribuciones al Derecho cubano, entre las cuales la más notable, a nuestro juicio, fue el sistema del triple turno en la designación de los jueces, introducido en la Reforma Constitucional de 1929.

Sin embargo, en los sistemas con primado de la escritura, los secretarios y escribientes se convierten en los amos del proceso, ya que la inmensa mayoría de las diligencias procesales se realizan ante ellos, y son ellos quienes elaboran la sentencia con la complicidad displicente del juez quien, de no tener interés expreso en el asunto, se limita a firmarla, pues el carácter escrito del proceso le permite semejante "licencia".

En los sistemas con primado de la oralidad el juez está obligado a presenciar los actos y a decidir *in situ*, por lo cual la función del secretario se reduce a levantar el acta correspondiente, en tanto que la del alguacil consistirá en hacer entrar y salir a los declarantes de la sala y efectuar alguna que otra citación. Aquí los escribientes salen sobrando o se reducen a meros mecanógrafos o transcriptores de las decisiones judiciales.

En cuanto a los alguaciles, estos tienen diversas atribuciones, entre las que se encuentran el mantenimiento del orden en las salas de juicio y en las sedes tribunalicias, el manejo de la correspondencia, la práctica de citaciones y niotificaciones y la ejecución de las órdenes de los tribunales, aí como varias otras de origen legal o reglamentario.

4.- LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL. EL MINISTERIO PÚBLICO, LA VÍCTIMA Y EL IMPUTADO Y SUS RESPECTIVOS ABOGADOS

Cuando antes nos referimos al principio de contradicción o de partes adversas en el proceso penal, hablamos de las dificultades teóricas que para algunos autores presentaba el concepto de parte en este campo del Derecho procesal. Sin embargo, allí dejamos sentado que el enfoque de este problema dependía del tipo de procedimiento penal de que se tratase, pues es obvio que en el sistema inquisitivo, donde el juez no es árbitro neutral, sino sujeto activo de la incriminación y decisor a la vez, no tiene sentido hablar de partes adversas ni de contradictoriedad. Lo mismo ocurre en los sistemas mixtos que mantienen un sumario o fase preparatoria escrita y secreta.

Pero en los sistemas donde los rasgos acusatorios tienen un peso definitivo, la concepción de partes es plenamente vigente, en el entendido de que es parte todo aquel que litigue frente a otro con posiciones procesales propias y opuestas a otras partes. En estos sistemas hay que diferenciar las partes respecto de la acción penal y las partes respecto de la acción civil, cuando esta última es ejercida dentro del proceso penal.

De conformidad con lo antes dicho, son *partes respecto de la acción* penal, *las partes acusadoras*, que son las que pueden ejercer la acción penal (acusar) y entre las que podemos encontrar al representante de la vindicta pública (fiscal o procurador del Ministerio Público, Fiscalía general, Ministerio Fiscal, fiscal de distrito, o como se llame en cada lugar concreto), la víctima del delito, devenida o no en querellante (mediante acusación privada), y los acusadores populares, allí donde se

les permita; y la parte acusada, que es aquella contra la que se dirige la acción penal, y está constituida por el imputado y sus defensores. Estas son las partes esenciales de todo sistema acusatorio.

Por otro lado, y *respecto a la acción civil derivada de delito,* tendremos a las *partes demandantes,* entre las que puede figurar el Ministerio Público o Fiscalía, la víctima como demandante civil y la comunidad en general o el Estado, como demandantes civiles cuando la ley lo permite; y las partes demandadas, entre las que se encontrará el procesado (imputado, acusado o penado) y el tercero civilmente responsable. Pero a estos sujetos nos referiremos ampliamente en el capítulo relativo a la relación jurídico-civil en el proceso penal.

A.- LA CAPACIDAD PROCESAL EN EL PROCESO PENAL

Respecto a la cualidad de parte en el proceso penal habrá siempre que analizar los conceptos de capacidad procesal en general, de capacidad para ser parte y de legitimación *ad causam,* conforme se entiende estos conceptos en la ciencia del Derecho procesal moderno, o sea, considerando como capacidad procesal general, la condición potencial, inherente a toda persona, de participar en algún proceso judicial, que es el equivalente procesal de la capacidad civil de hecho; conceptuando como capacidad para ser parte, la cualidad de una persona de poder ejercer por sí misma sus derechos en un proceso concreto, lo que se asimila a la capacidad civil de goce o de derecho; y entendiendo por legitimación *ad causam* al interés concreto que justifica la intervención de una persona en el proceso. Es obvio que estas categorías no funcionan en el proceso penal de igual manera como se comportan en el proceso civil, puesto que la capacidad procesal de los órganos de la vindicta pública dimana de la ley y de su función pública y no de una relación jurídica previa con el imputado, en tanto que éste es un sujeto compelido al proceso, que no puede ignorarlo a todo evento o abandonarlo a su perjuicio, como lo puede hacer el demandado civil. Por esta razón es que muchos autores consideran que no existe legitimación ad causan en el proceso penal.

B.- LAS PARTES ACUSADORAS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Las partes acusadoras en el sistema acusatorio son las siguientes:

1.- *La fiscalía, Ministerio Público o Procuraduría,* órgano del Estado, centralizado o descentralizado, que es el titular principal de la acción penal en los delitos de acción pública o perseguibles de oficio y en los delitos de acción pública de instancia privada.

2.- *La víctima, agraviado o perjudicado,* que es la persona directa o indirectamente perjudicada por el delito y a la cual, en algunas legislaciones, se le permite ejercer la acción penal mediante querella o acusación particular propia, unas veces de manera independiente y otras de manera subordinada al ejercicio de la acción pública por parte del fiscal. También

en algunos ordenamientos se le permite acusar de manera totalmente independiente, mediante una acusación privada, en los delitos solo enjuiciables previa instancia de parte agraviada, también llamados delitos de acción privada.

3.- *Cualquier ciudadano,* a través de la llamada *acción popular*, en los casos y con las limitaciones que la ley establece.

3.- *La Defensoría del Pueblo, onbudsman o cualquier asociación de defensa de los derechos humanos,* quienes podrán ejercer la acción penal, mediante querella, contra funcionarios o empleados públicos o agentes de las fuerzas policiales, que hayan violado los derechos humanos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Esta es una forma de acción popular.

1.-*La fiscalía como titular fundamental de la acción penal pública*

La fiscalía, denominada en muchas legislaciones Fiscalía general, Ministerio Público, Procuraduría general o Fiscalías de Distrito, Federal, etc. y conocida retóricamente como "Vindicta Pública" o "Vindicterio"[43], es un organo del Estado, cuya razón de ser histórica y función principal es el ejercicio de la acción penal[44] en los delitos perseguibles de oficio o de acción pública o cuasi-pública. Cuando está conformada como Ministerio Público o Procuraduría general, es un órgano complejo, estructurado de manera vertical y encabezado por un jerarca llamado Fiscal General o Procurador General. La actuación del Ministerio Público en el proceso penal en este caso debe ser entendida de consuno, es decir, como órgano todo, de manera tal que la titularidad de la acción penal pertenece al órgano y no a sus funcionarios individualmente considerados. Sus funciones, por lo general, están regulada por las normas de la Constitución, la ley procesal penal y por las leyes orgánicas que le rigen. Sin embargo, en la práctica este principio de la unidad e indivisibilidad del Ministerio Público, Fiscalía general o Vindicterio, presenta algunas dificultades de realización, generalmente en el plano de las actuaciones concretas de los fiscales en los actos procesales y a los efectos de las notificaciones. Esto se verifica cuando no habiéndose presentado un fiscal para un acto procesal determinado o en caso de encontrarse de vacaciones, se pide al organismo que comisione a otro y responde que esto no es posible porque aquel ausente es el que conoce bien el caso o porque es el único que puede actuar en el mismo.

---

[43].- Fusión de las palabras vindicta y ministerio.

[44].- Hay quienes dicen que la función más importante del llamado Ministerio Público es la defensa de la legalidad, otros dicen que es la protección de los intereses generales y difusos de la sociedad y otros dicen que es la defensa patrimonial del Estado. De todo eso se ocupa el Ministerio Público, según el país y la legislación de que se trate, pero lo cierto que esas funciones han ido migrando hacia otros entes más imparciales y de mayor perfil popular, tales como ombusdmen u ombusdmans (vaya Usted a saber), defensorías del pueblo, defensorías de los consumidores, etc. Sin embargo lo que siempre caracterizará a la fiscalía como Vindicterio es la facultad de perseguir el delito.

Otras veces, la Fiscalía es un órgano de elección popular, como las de Distrito en los Estados Unidos. En este caso, los fiscales no estarían subordinados al Poder Ejecutivo, lo cual le confiere cierta independencia. Sin embargo, su carácter electivo implica una cierta subordinación a los requerimientos de los votantes, a veces ciertamente atrabiliarios.

a).- Capacidad procesal

La capacidad procesal de la Fiscalía dimana de sus atribuciones constitucionales y legales, entre las cuales está la de ejercer la acción penal pública. Por esta razón nadie puede recusar al al fiscal como ente en el proceso penal ni oponerle falta de cualidad o interés. Se puede recusar a un fiscal concreto a título personal o pedir que se le separe del procedimiento por haber cesado en su condición de tal, pero jamás puede excluirse del proceso al órgano titular de la acción vindicativa como tal.

La capacidad procesal individual de los fiscales como individuos, dimana del acto público y notorio del nombramiento, el cual es publicado en algúna publicación oficial y por tanto, para comparecer ante los tribunales de la jurisdicción penal, los fiscales solo tendrán que identificarse por sus generales e invocar o alegar su condición de tales, sin que deban acompañar ninguna constancia o autorización para actuar, correspondiendo a quien impugne su cualidad, la carga de la prueba de sus asertos.

La capacidad procesal de los fiscales dimana de su elección o nombramiento, porque antes de ser electo o nombrado como tal, el aspirante a fiscal debe cumplir toda una serie de requisitos establecidos en la ley, tanto para comparecer en una eleción o ser elegibles para un cargo por nombramiento. Es claro que, en aquellos lugares donde los fiscales son electos, no puede existir carrera fiscal ni inamovilidad, categorías estas reservadas para quienes sean funcionarios de organismos verticales de caracter permanente, tales como Fiscalías Generales de la Nación, Procuradurías Generales de la Nación, Ministerios Públicos, etc.

b).- Legitimación ad causam de la fiscalía.

El problema de la legitimación ad causam o interés legítimo para actuar en un juicio determinado, de la fiscalía, ha sido un tema de larga discusión en la doctrina procesal. Como se sabe, la ciencia procesal partió de los estudios realizados por destados juristas alemanes en torno a la naturaleza del proceso civil y de sus peculiaridades[45]. A partir de éste, se definieron los conceptos de acción, pretensión, excepción, capacidad procesal, legitimación procesal (ad causam).

[45] .- Allí están los trabajos de Puchta, Nieburhg, Ihering, Savigny, Winscheid, Muther y von Bülow.

El que la ciencia procesal arrancará del estudio del proceso civil en la Europa de mediados del siglo XIX, en pleno surgimiento, expansión y desarrollo del capitalismo, era perfectamente explicable, porque es en la contienda civil donde se juega la suerte de los grandes patrimonios y se acrecientan los honorarios profesionales de los abogados, de manera tal que era allí donde debían enfocarse los esfuerzos de los doctrinarios, para la búsqueda del perfeccionamiento del método cognoscitivo que el proceso jurisdiccional entraña. Para esa época, en cambio, el proceso penal era apenas una máquina de moler infelices desprovistos de fortuna, mayoritariamente inquisitiva, y faltaban algunas décadas aun para que el acusatorio comenzara a abrirse paso, junto con las grandes escuelas del derecho penal sustantivo y la masificación del delito.

En este orden de cosas, la ciencia procesal civil entendió, a partir su concepción del proceso como un conflicto de intereses, patrimoniales en última instancia, que la legitimación ad causam o legitimación para actuar en un juicio concreto, tenía que derivarse del interés legítimo concreto, inmediato y material, que que tuviera en el asunto debatido (objeto del proceso) quien pretendiera ser parte en ese juicio. De tal manera, para ser interviniente legítimo en un proceso civil es necesario ser parte en la relación jurídico material que se debate en el mismo o demostrar que la decisión que pudiera adoptarse podía afectarle sustancialmente. Esto se aplica de igual manera, a los procesos mercantiles, laborales y contencioso administrativos. También puede aplicarse al proceso penal seguido por delitos de acción privada.

Sin embargo, en el proceso penal seguido por delitos perseguibles de oficio, el punto no es tan claro ni pacífico respecto a la actuación de la fiscalía u órgano titular de la acción penal pública. La razón es muy sencilla. La fiscalía, cualquiera sea su denominación legal como Vindicterio, no es una persona natural, con entorno familiar o patrimonial, ni tampoco es una persona jurídica pública o privada con patrimonio y personalidad jurídica propia dedicada a la actividad económica. La fiscalía, cualquiera sea su forma jurídica, será siempre una dependencia pública, un ente impersonal y *como órgano* no es parte de manera alguna en los hechos que pudieran resultar delictuosos y constituir el objeto de un proceso penal. Ello con independencia de que pueda haber fiscales implicados en hechos delictivos a título de persona natural.

¿De dónde deriva entonces la legitimación ad causam de la fiscalía o Ministerio Público? Pues, de la Constitución y de la ley, ya que se trata de un órgano dotado de una competencia casi excluyente en materia de acción penal en los casos de delitos perseguibles de oficio y que nació y se desarrolló como consecuencia del crecimiento de las sociedades humanas y del aumento del número y la complejidad de los delitos de esa índole, que obviamente no podrían ser perseguidos únicamente por los agraviados dada su complejidad y que no deben serlo tampoco, debido a que tales delitos comportan un peligro para toda la sociedad y no solo para las víctimas.

Por tanto, dada la forma cómo está estructurado el moderno sistema acusatorio, la legitimación *ad causam* del Ministerio Público deriva del ordenamiento jurídico y depende de que

haya acreditado un hecho punible de acción pública que perseguir, pues ésta es la única situación que autoriza al ejercicio de la vindicta pública.

2.- *La víctima en el proceso penal*

Los derechos de la persona o personas que son víctimas de un hecho punible tienen hoy reconocimiento constitucional en muchos ordenamientos jurídicos, aun cuando todavía no plenamente satisfactorio en todos los lugares. Los ordenamientos legales de los países de cultura anglosajona no suelen reconocer a la víctima ni intervención ni personería en el proceso penal, como no sea desde la posición de simple testigo. Son las leyes de inspiración eurocontinental las que se han inclinado a reconocer a la víctima como sujeto procesal con derechos específicos.

Algunos ordenamientos jurídicos establecen diferencias conceptuales entre víctimas, agraviados y perjudicados, en atención a si se trata de personas directamente afectadas por el delito o si solo han sufridos daños y perjuicios colaterales. Todo ello estriba, esencialmente en el alcance de los derechos procesales de cada una de estas categorías y del alcance de su participación en el proceso.

Así, se ha llegado a establecer que son víctimas aquellos que sufren directamente o indirectamente la acción del delito o que son alcanzadas directamente por el verbo rector del tipo penal aplicable. Existe un consenso general en cuanto a que las víctimas pueden ser directas si son las personas lesionadas, robadas, violadas, ultrajadas, estafadas, etc. e indirectas si se trata de los familiares cercanos de quienes mueren por la acción delictiva. Por lo general, se consideran v´ñictimas:

1.- A la persona directamente ofendida por el delito;

2.- A los parientes o herederos de la víctima directa fallecida, menor de edad o incapaz, dentro de los grados de consanguinidad o de afinidad que determine la ley;

3.- Al concubino o concubina del ofendido fallecido, si la ley lo permite.

4.- A los socios, accionistas o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan;

5.- A las asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses y se hayan constituido con anterioridad a la perpetración del delito.

6.- Al Estado en los casos de delitos contra el orden público, la administración de justicia, la fe pública y la seguridad y la independencia de las naciones.

De igual manera, se consideran perjudicados o agraviados a aquellos que solo sufren daños patrimoniales derivados del delito, cuando la víctima es otro. Ese sería el caso de los dueños o aseguradores de bienes muebles e inmuebles que resultan destrozados como consecuencia de un acto terrorista o de un delito de otra especie, o aquellos que sufren detrimentos patrimoniales por delitos

en los que se considera víctima directa al Estado o la "colectividad". La diferencia estaría, en que las víctimas podrían ser titulares subsidiarios o conjuntos de la acción penal, en tanto que los perjudicados solo tendrían derecho a la acción civil derivada de los hechos presuntamente delictivos. Todo esto dependerá, en última instancia, de la forma como se regule el proceso penal, pues, por razones prácticas, los legisladores, en todas partes, tienden a limitar la participación de las personas afectadas por el delito en los actos del proceso, pues en casos de delitos masivos, éste podría tornarse inmanejable.

En general, las formas de participación de la víctima en el proceso penal pueden resumirse en lo siguiente:

1.- Presentar querella e intervenir en el proceso conforme a lo establecido en este Código;

2.- Ser informada de los resultados del proceso, aun cuando no hubiere intervenido en él;

3.- Solicitar medidas de protección frente a probables atentados en contra suya o de su familia;

4.- Adherir a la acusación del fiscal o formular una acusación propia contra el imputado en los delitos de acción pública o una acusación privada en los delitos dependientes de instancia de parte;

5.- Ejercer las acciones civiles con el objeto de reclamar la responsabilidad civil proveniente del hecho punible;

6.- Ser notificada de la resolución del fiscal que ordena el archivo de los recaudos;

7.- Ser oída por el tribunal antes de la decisión de sobreseimiento o de otra que ponga término al proceso o lo suspenda condicionalmente;

8.- Impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el proceso.

Las facultades de la víctima, en el orden práctico, le permiten perseguir personalmente sus intereses en el proceso y actuar como factor de choque contra posibles abstenciones de la fiscalía que pudieran propender a la impunidad. La víctima, al ser la parte doliente del delito, hará lo imposible para que se esclarezca el delito y se castigue al culpable, aunque a veces se deje obnubilar por una investigación tendenciosa, errónea o interesada. Por otra parte, la sociedad, al admitirle como sujeto procesal, se descarga un tanto de responsabilidad colectiva respecto a las posibles impunidades, pues si la víctima ha actuado por sí, no podrá luego aducir que no se hizo lo humanamente posible.

Sin embargo, para que la ley procesal penal sea absolutamente consecuente en el tratamiento de las facultades de la víctima y dignifique la posición procesal de ésta hasta sus últimas y definitivas consecuencias, es necesario que se la libere de toda dependencia de la actuación de la fiscalía, dándole posibilidad legal de acusar con total independencia y de presentar una acusación particular propia,

aun para el caso de que el Vindicterio se niegue a acusar o solicite el sobreseimiento o preclusión de la causa.

Desde luego, la cualidad de víctima y su participación en el proceso puede ser impugnada siempre ante el tribunal ante el cual se haya hecho parte o reclamado sus derechos, tanto por el fiscal del Ministerio Público, como por el imputado y sus defensores, cuando quien se presente como víctima, agraviado o perjudicado no reruna los requisitos de ley. Lo que decidan los tribunales en ese caso debe ser apelable, ya que se trata de un asunto trascendental para la conformación de la relación procesal.

C.- EL IMPUTADO Y SUS DEFENSORES COMO PARTE DEL PROCESO PENAL

1.- El imputado

El imputado es la persona contra quien se dirige la acción penal y que tiene la necesidad de defenderse. Por tanto, será imputado aquel a quien las autoridades atribuyan, de manera asertiva, la autoría o participacíón en uno o varios hechos delictivos.

En algunas legislaciones suelen considerarse ciertas categorías previas a la condición del imputado, como la de "sospechoso". En las investigaciones penales que se desarrollan en los Estados Unidos de América y el Canadá anglófono, se suele considerar sospechosa a la persona hacia la que apuntan ciertos indicios y por ello pueden ser llamados a declarar por la policía y ser requerida de no abandonar su comarca, y hasta ser retenida, mientras dura la investigación. Sin embargo, esto no pasa de ser una mera estratagema de los detectives cuando no tienen certeza alguna de la implicación de ese sospechoso y tal condición cesa en cuanto aparece el abogado del indiciado y conmina a la policía a presentar cargos contra su cliente o a dejarlo libre.

Generalmente se considera imputado o sindicado a toda persona a quien se le señale como autor o partícipe de un hecho punible, por un acto de procedimiento de las autoridades encargadas de la persecución penal, sean policías, fiscales o jueces.

Los actos de procedimientos que confieren la cualidad de imputado son básicamente los siguientes:

a.- *La instructiva de cargos o imputación formal*, que es el acto por el cual se le participa a una persona que se le tiene por imputado; se le comunica el hecho que se le atribuye, con todas sus circunstancias de tiempo, lugar y modo y su calificación jurídica provisional; permitiéndosele declarar todo cuanto conviniere a su defensa (descargos, coartadas, solicitudes de diligencias de comprobación de sus dichos, etc). Es un ato que puede tener lugar ante la autoridad instructora de la causa o ante un juez, en dependencia de que la persona a ser instruida se halle en libertad o detenida.

b.- *La orden de aprehensión o captura o la requisitoria,* libradas por un juez a petición de la fiscalía, pues ello presupone que existen elementos de convicción para considerar que «sujeto» de la orden es autor o partícipe de un hecho punible que ya está siendo invetigado.

c.- *La citación librada por la fiscalía* para comparecer a declarar como acusado en libertad, en los delitos de acción pública.

d.- *La citación librada por el juez del juicio* para comparecer como acusado en los delitos de acción privada.

e.- La imposición al imputado de medidas cautelares personales o patrimoniales, aun cuando no hubiere sido imputado formalmente.

f.- Los actos o diligencias de investigación dirigidos contra una persona considerada como "sospechosa".

Toda persona que se halle en cualquiera de estos casos, tiene derecho a hacer valer los derechos que la ley le confiera como imptdado.

a.- Capacidad procesal del imputado

Toda persona que haya alcanzado la mayoría de edad penal establecida por la ley del lugar del juzgamiento y que sea mentalmente hábil es capaz para de ser imputado en el proceso penal. Por tanto, solo la minoridad o la incapacidad mental son circunstancias excluyentes de la capacidad para ser parte en el proceso penal ordinario. Hay lugares donde existen procedimientos penales especiales para el juzgamiento de los adolescentes, generalmente mayores de doce años de edad y menores de dieciocho; y hay legislaciones que autorizan el juzgamiento dem los menores de edad como si fueran adultos, cuando se demuestre que tienen una madurez mental y una inteligencia equiparable a las de una persona mayor.

En el caso del imputado, es polémico el hablar de legitimación *ad causam,* pues es difícil suponer que alguien tenga interés en entablar un proceso en el que podría resultar sancionado, aun cuando cabe esa posibilidad respecto a aquellos que desean limpiar su nombre, y solicitan que se les investigue. No obstante, todo esto sería un contrasentido, toda vez que si el intrerés se hace derivar de la participación en el hecho objeto del proceso (delito), es obvio que mientras más clara sea la participación del imputado en ese hecho, menor será su interés en el juicio, en tanto que aquellos que piden ser investigados basan ese interés en su no vinculación con los delitos que se investigan.

b.- Identificación y domicilio del imputado

La identificación del imputado es esencial para el proceso penal. Por una parte y a fin de evitar injusticias, es necesario tener certeza acerca de que la persona a quien sea imputa sea efectivamente aquella a quien apuntan los elementos de convicción y no otra. Por otra parte y comoquiera que muchos imputados tratan de eludir el proceso penal mediante el ocultamiento de su verdadera identidad, se hace necesario identificarlos plenamente a fin de que no puedan burlar la justicia por esa vía. Igualmente, es necesario conocer el domicilio o paradero del imputado, a fin de saber dónde localizarle o comenzar a buscarle, a los efectos del proceso.

Por estas razones, las leyes suelen establecer la necesidad de que el imputado sea identificado plenamente desde el primer acto procesal en que intervenga, y para ello en el acta procesal correspondiente debe hacerse contar las generales del imputado, de quién es hijo, su lugar de nacimiento, su ocupación, alias, señas visibles como cicatrices o deformidades, color de la piel y los ojos, color y forma del cabello y toma de huellas dactilares. Igualmente se debe hacer constar el domicilio o residencia del imputado, o sea su lugar concreto de habitación o paradero, bajo el apercibimiento de que cualquier cambio de residencia que no sea oportunamente comunicado a las autoridades, puede ser tomado como indicativo de intento de fuga o evasión de la justicia y puede dar lugar a una medida de prisión judicial.

c.- Efectos jurídicos de la cualidad de imputado

La cualidad de imputado produce *ipso iure* una serie de efectos, entre los cuales los principales son el nacimiento de los derechos del imputado en el proceso y la necesidad de su defensa. El contenido esencial de los derechos del imputado, recogidos hoy en los tratados sobre derechos humanos son los siguientes:

1.- Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan;

2.- Comunicarse con sus familiares, abogado de su confianza o asociación de asistencia jurídica, para informar sobre su detención;

3.- Ser asistido, desde los actos iniciales de la investigación por un defensor que designe él o sus parientes y, en su defecto, por un defensor público;

4.- Ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma castellano;

5.- Pedir al Ministerio Público la práctica de diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formulen;

6.- Presentarse directamente ante el juez con el fin de prestar declaración;

7.- Solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella haya sido declarada reservada y solo por el tiempo que esa declaración se prolongue;

8.- Pedir que se declare anticipadamente la improcedencia de la privación preventiva judicial de libertad;

9.- Ser impuesto del precepto constitucional que lo exime de declarar y, aún en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento;

10.- No ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de su dignidad personal;

11.- No ser objeto de técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, incluso con su consentimiento;

12.- No ser juzgado en ausencia, salvo lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

Los derechos del imputado reseñados en el listado anterior, abarcan todas las formas posibles de manifestación del derecho a la defensa y del debido proceso.

El numeral 1 recoge el derecho a la instructiva de cargos o acto imputatorio, que no es otra cosa que el acto procesal por el cual se pone en conocimiento del imputado el hecho de que se le acusa. La instructiva de cargos, frase o concepto con la que el jurista venezolano vendrá obligado a familiarizarse desde ahora, no debe confundirse con el llamado acto de cargos del artículo 226 del derogado CEC, que consistía en la lectura al reo de los escritos acusatorios presentados por el fiscal y por el acusador privado. En la instructiva de cargos, el fiscal o quien él designe, simplemente le hará saber al imputado los hechos que se le atribuyen y los elementos de convicción que le vinculan a tal hecho, dándole, al mismo tiempo, la oportunidad de formular sus descargos, justificaciones o coartadas y de ofrecer la forma de comprobarlos.

El numeral 2 constituye el antídoto contra el secuestro policial y la desaparición de personas por las autoridades y es el reverso de la medalla del *habeas corpus*, pues por este medio se publicita el hecho de la detención y se pone de manifiesto la responsabilidad de las autoridades aprehensoras respecto a la integridad personal de los detenidos. El derecho del detenido de comunicarse con sus familiares, amigos, abogados y organismos de derechos humanos, así como del extranjero con las autoridades diplomáticas o consulares de su país, nace desde el momento mismo de la detención. El derecho del extranjero detenido de comunicarse con los representantes de su país, dimana de las Convenciones de Viena sobre Relaciones Consulares, que es ley para los países que la han suscrito y ratificado.

El numeral 3 consagra el derecho a la asistencia letrada, que es el derecho del imputado a contar en todo momento, desde el acto imputatorio, del asesoramiento de un abogado de su escogencia o de un defensor público. El derecho a la asistencia letrada no debe confundirse con ese género más amplio que es el derecho a la defensa, del cual la asistencia letrada es solo una especie o modalidad

de manifestación. El derecho a la defensa comprende todo el conjunto de facultades del imputado que le permiten enfrentar, en mediana igualdad de condiciones, a la vindicta pública. No debe confundirse el derecho a la asistencia letrada del imputado en el proceso penal, con la obligación de la asistencia o representación letrada de los demandantes en los procesos dispositivos (civiles, mercantiles, laborales, etc.), pues en el primero, el proceso se incoa contra la voluntad del imputado y por interés público y en el segundo el proceso se incoa por interés de la parte actora en su exclusivo beneficio.

Por su parte, el numeral 4 se relaciona con el 1, ya que se refiere al derecho al conocimiento de los hechos del proceso y, quien no hable nuestro idioma o sea sordomudo ignaro, no podría ejercer tal derecho si no tiene un traductor o intérprete.

En cuanto al numeral 5, establece el principio de la libertad e igualdad probatoria en la fase preparatoria, que marca la diferencia sustancial con el sistema inquisitivo y que potencia la contradictoriedad en favor de la búsqueda de la verdad material y objetiva.

El derecho establecido en el numeral 6 es una manifestación de los principios del juez natural y de afirmación de la libertad, consustanciales al acusatorio, pues siendo el juez competente el único facultado para dictar medida restrictiva de la libertad, el imputado debe tener el derecho a ser oído por ese juez, a fin de exponerle personalmente sus descargos.

Por otro lado, el numeral 7 está destinado a evitar la absolución de la instancia, a lo que, incuestionablemente tiene derecho toda persona imputada, a fin de que se defina su situación mediante un pronunciamiento categórico; en tanto que el numeral 8 se refiere a la posibilidad de que todo imputado, contra el que se haya dictado medida cautelar de privación de libertad, pueda, aun antes de la audiencia preliminar, momento en el cual siempre se debatirá sobre ese punto, solicitar la revocación de tal medida o su sustitución por una medida no detentiva.

Por otra parte, el numeral 9 se refiere al principio de no autoincriminación, al tiempo que el numeral 10 proscribe no solo las torturas atroces, tales como las golpizas, inmersiones, quemaduras, ayunos o aplicaciones de electricidad al imputado, sino también las presiones indebidas y los interrogatorios extenuantes.

El numeral 11 consagra el principio de que el imputado no puede ser drogado o hipnotizado o privado del sueño a fin de obtener declaraciones que de otra manera no haría. Toda declaración obtenida bajo esos métodos es ilegal y nula de nulidad absoluta.

Y finalmente, el numeral 12, establece el derecho de todo imputado o acusado a estar plenamente a derecho en su juicio y a estar presente en el juicio oral de su causa (derecho de audiencia o «auditur et altera pars»).

2.- El defensor

La necesidad del abogado defensor surge desde el mismo momento de la instructiva de cargos, y quizás desde antes, si existe algún acto de procedimiento, diligencia de investigación o señalamiento de las autoridades que impliquen a una persona en un hecho punible, y subsiste incluso hasta la ejecución de la sentencia, pero en este momento interesa conocer cuáles son las fuentes de designación del abogado defensor del acusado y las modalidades que esta designación puede asumir.

Las fuentes de la designación de abogado a todo imputado o acusado son dos: el mismo imputado y el Estado. Es bien sabido que modernamente nadie niega el derecho de todo acusado a tener un abogado defensor y mucho menos a que éste sea el de la preferencia del acusado. Por esta razón la máxima prioridad para la escogencia de abogado corresponde al mismo acusado, pero para el caso de que éste no pueda o no quiera hacerlo, el Estado viene obligado a asegurarle los servicios de un abogado.

En dependencia de los diversos sistemas legales, el abogado que el Estado le suministra al procesado puede tratarse de un jurista a sueldo del propio Estado, como es el caso de los llamados Defensores de Oficio o Defensores Públicos, pero puede tratarse también de un abogado privado o de libre ejercicio, a quien el sistema legal encomienda directamente el caso o que es designado por un turno que vienen obligados a cubrir todos los bufetes, despachos o escritorios jurídicos de una localidad determinada.

Como regla general, los acusados no vienen obligados a satisfacer los honorarios de los abogados asalariados del Estado que asumen su defensa de oficio, aunque hay legislaciones que suelen fijarle al acusado condenado un monto fijo para satisfacer ese cometido. En cambio, cuando el ordenamiento procesal encomienda la defensa oficiosa a abogados de ejercicio privado, es usual que al acusado condenado se le imponga como parte de las costas procesales, la obligación de satisfacer los honorarios del defensor de oficio. Obviamente, en caso de que el acusado defendido de oficio resultare absuelto, no tendrá que satisfacer honorarios de ninguna índole, pues la defensa de oficio se realiza en beneficio de la justicia misma y por tanto no existe relación de trabajo ni contractual entre el acusado y su defensor. En todo caso es el Estado el que viene obligado a pagar a los abogados de libre ejercicio en caso de absolución, habida cuenta de que ya sus asalariados cobraron. Es claro, además, que lo mismo no puede suceder cuando un acusado defendido por un abogado de su escogencia resulta absuelto, porque en este caso existe una relación contractual entre uno y otro que debe ser satisfecha de cualquier forma.

Mucho se ha discutido sobre si la defensa de oficio es de suyo desventajosa para el acusado porque implica desinterés del defensor en el resultado procesal y aunque no se pueda establecer un signo absoluto de igualdad entre ambas proposiciones en razón de la existencia de honrosas excepciones, consideramos firmemente que la razón asiste a quienes así opinan. No en balde se ha dicho que en los Estados Unidos y en otros países donde existe la pena de muerte, los que resultan condenados a la última pena lo son por no disponer de un buen abogado y ser defendidos de oficio.

Los que tienen dinero suficiente como para pagar excelentes letrados, pueden incluso resultar absueltos de los más graves cargos, como lo demuestra el célebre caso de O. J. Simpson.

En cuanto al número de defensores que pueden actuar en defensa de un mismo imputado, las diversas legislaciones difieren enormemente. En algunas no existen limitaciones y en otras se les limita a un solo defensor. Obviamente, la multiplicidad de defensores brinda la posibilidad de crear equipos de defensa articulados para casos complejos, en los cuales se combinan las habilidades de varios abogados en las diferentes facetas del proceso (discursos, interrogatorios, análisis de pruebas, etc.). Lo que si es casi una generalidad, es que cada imputado solo puede disponer de un único defensor público o de oficio, habida cuenta de que éstos son pagados por el erario público.

a.- Legitimación procesal de los defensores

Por regla general, para ejercer las funciones de defensor en el proceso penal se requiere ser abogado, no tener impedimento para el ejercicio libre de la profesión conforme a la ley estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.

El nombramiento del defensor por el imputado no está sujeto a especiales formalidades, por lo cual la designación puede hacerse por escrito simple o verbalmente, incluso por teléfono, y recogerse en acta, aun sin haber comparecido el defensor. Cuando un defensor se presente en un sitio de detención, invocando ser el defensor de algún detenido, no tendrá más que identificarse con su carnet de abogado, y las autoridades deberán ponerlo en contacto inmediatamente con el detenido requerido, y si este último acepta tenerlo como defensor, se dejará constancia de ello en las actas procesales y se le dará acceso a las actuaciones. Si el detenido lo rechaza como defensor, deberá irse por donde vino.

Una vez designado por el imputado, por cualquier medio, deberá aceptar el cargo y jurar desempeñarlo fielmente ante el juez, en la primera oportunidad que se encuentre ante él, haciéndose constar el juramento en acta. Pero no debe entenderse que la designación de abogado es vinculante para éste, y no creemos que ésa haya sido la intención del legislador, sino simplemente disponer que, una vez designado, el abogado asuma su cargo a la brevedad posible, pues es de suponer que la designación está precedida del correspondiente acuerdo. Si la designación ocurre ante el fiscal el juramento no puede demorar el inicio de labores del defensor.

El defensor nunca puede ser recusado, ya que no es un funcionario con poderes decisorios sobre el proceso y su escogencia, a menos de que se trate del defensor público o de oficio, es de la absoluta libertad del imputado. Si el fiscal, el juez o el secretario son enemigos del abogado defensor, son ellos los que deberán inhibirse o podrán ser recusados, pero nunca podrán estos funcionarios solicitar la separación del abogado avieso del proceso.

5.- LOS TESTIGOS, PERITOS Y LOS CONSULTORES TÉCNICOS Y AUXILIARES DE LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL

A.- TESTIGOS Y PERITOS

Los testigos y los peritos o expertos son sujetos indispensables del proceso penal acusatorio, puesto que sin ellos no puede concebirse su existencia. El meollo del asunto estriba en que el proceso de este tipo, tiene su fase culminante en un juicio oral, es decir en un acto procesal complejo y concentrado donde la prueba debe practicarse ante los ojos de los jueces y las partes mismas, reunidos todos en una misma unidad de tiempo y espacio. De ahí que, de no existir testigos que relaten de allí, de viva voz sus impresiones acerca del caso que se juzga, ni peritos o expertos que expongan la manera cómo analizaron la evidencia y las conclusiones a que arribaron y que además, se les pueda interrogar y confrontar, no abrá debate oral posible. Si el juicio se redujera a la mera lectura de papeles, sería preferible la forma escrita del procedimiento. Por otra parte, en la actualidad no podemos vislumbrar el fin de la figura de los declarantes (testigos y peritos) en el debate oral, pues, por una parte, a la prueba testimonial le queda todavía mucha mecha y por otra parte, el incremento de la importancia de la criminalística y las ciencias forenses en el proceso penal traerá como consecuencia un incremento de la presencia de los expertos en los estrados. Por todo eso, testigos y peritos son considerados sujetos connaturales del mismo.

A los efectos del proceso penal podrán ser testigos todos aquellos que, de una manera u otra, hayan conocido de la existencia de un hecho punible, bien porque lo hayan presenciado directamente o porque hayan conocido de él de manera indirecta (testigos referenciales, investigadores, etc.) o aquellos que conozcan cualesquiera hechos de influencia notoria en el proceso aunque no estén directamente relacionados con los hechos justiciables. Serán peritos o expertos todos los que, en razón de sus conocimientos técnicos, científicos, artísticos o meramente empíricos, concurren al proceso penal para dictaminar e informar acerca de los medios de ejecución de los hechos punibles, así como sobre sus efectos o consecuencias o sobre las condiciones físicas o psíquicas de los imputados, las víctimas o de testigos.

La importancia de testigos y peritos en el proceso penal está dada por su condición de órganos de prueba, es decir, personas cuyo dicho es fuente de prueba, en un tipo de averiguación judicial donde la prueba personal es de primera importancia. La regulación de la condición de los testigos y los expertos tiene dos vertientes en el proceso penal, una referida a *la cualidad de ser testigo*, en tanto sujeto procesal, que se refiere ante todo a quiénes pueden comparecer como testigos en el proceso penal y la voluntariedad u obligatoriedad de su comparecencia; y la otra referida a las reglas de valoración del testimonio, que es un tema que debe ser estudiado en el capítulo referente a la prueba.

a.- *La cualidad de testigo*

La cualidad de ser testigo depende de las consideraciones de la ley procesal y de la autoridad procesal penal. Por lo general los ordenamientos procesales que se adhieren al sistema inquisitivo, regulan la condición de ser testigo o de experto, sobre la base de exclusiones o inhabilitaciones de ciertos sujetos a priori, que no son más que reglas de tasación o tarifado de la prueba.

Por el contrario, las leyes procesales basadas en el sistema acusatorio, no suelen establecer condiciones de inhabilidad de los testigos y los expertos. De tal forma todos pueden testificar en el proceso penal de tipo acusatorio y cada testimonio, como todas las otras pruebas en ese sistema de juzgar, se valorarán observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, según el principio de libre convicción razonada, basado en la sana crítica.

Los testigos y expertos, en tanto sujetos connaturales o necesarios del proceso penal, no pueden rehusarse a intervenir en el proceso si son requeridos por la autoridad competente, por tanto no son sujetos de intervención voluntaria en el juzgamiento penal. Cualquier persona puede acudir voluntariamente a testificar sobre un hecho punible sub-júdice, pero corresponde a la autoridad procesal penal calificar su testimonio y desecharlo, si así lo considera procedente y, del mismo modo, esa misma autoridad puede llamar a testificar a aquellos que considere poseen información sobre el hecho justiciable, aun contra su voluntad, pudiendo librar apremios contra los que se negaren a declarar. Por tales razones, la cualidad de ser testigo o experto depende de un acto de la autoridad y nunca de la voluntad de los sujetos concernidos, salvo cuando se trate de personas exceptuadas de la obligación de declarar, sea por razones de investidura, como los diplomáticos extranjeros, o por razones personales, como en el caso de los familiares cercanos del imputado, los sacerdotes respecto a lo conocido por confesión, etc.

Resulta claro que, por su enorme importancia como medio de conocimiento del hecho justiciable penal, el testimonio tiene que ser obligatorio y de ahí que la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídico-penales del mundo establezcan el deber de testificar y sancionen su omisión con penas más o menos severas, excusando solo de este deber a los ciudadanos en situaciones donde pueda verse comprometida una parte muy íntima de su esfera personal, familiar o profesional, como es el caso de la excusa de testificar contra familiares cercanos, o sobre secretos obtenidos por razones profesionales (como el secreto de confesión respecto a los sacerdotes, la protección de la fuente de información por los periodistas, del secreto confiado al abogado defensor o al médico tratante). De tal manera, quien sea llamado a testificar por las autoridades de investigación penal y no concurran sin justa causa a ese llamado, podrá ser conducido por la fuerza pública ante quien deba rendir su testimonio. Esta es la única forma legal de coerción respecto a la obtención de la prueba testimonial que admite la moderna concepción del proceso penal.

La importancia política del deber de testimoniar es tan grande que muchos regímenes dictatoriales y totalitarios han llegado a eliminar las excusas legales en el caso de los delitos políticos.

La exención o excusa de declarar como testigos nunca es un derecho absoluto de persona alguna, pues como ya se ha dicho, la regla es la obligación general que tienen todos de testificar en juicio, por tanto, los casos de exclusión de tal obligación son solo relativos, es decir, de unas personas determinadas, ubicadas en una situación determinada, respecto a otras personas determinadas, tales como el cónyuge o la persona con quien haga vida marital el imputado, sus ascendientes y descendientes y demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sean o no legítimos, sus padres adoptantes y su hijo adoptivo; los sacerdotes o ministros de cualquier culto religioso, respecto de las noticias que se le hubieren revelado en el ejercicio de las funciones propias de su ministerio; los abogados respecto de las instrucciones y explicaciones que reciban de sus clientes; los médicos, farmacéuticos, enfermeras, estudiantes de medicina y demás profesionales de la salud respecto de sus pacientes; los periodostas respecto de sus fuentes informativas, entre los principales casos[46].

Cuando la víctima comparece como testigo, tiene las mismas cargas y obligaciones de cualquier otro testigo, pero es indudable que el testigo-víctima puede ejercer sin restricciones sus derechos como víctima, pues ambas condiciones no son excluyentes. Sin embargo, el testimonio de la víctima debe ser valorado con el cuidado que merece su parcialidad.

B.- LOS CONSULTORES TÉCNICOS Y LOS AUXILIARES DE LAS PARTES

Muchas legislaciones contemplan la posibilidad de que las partes se hagan asistir de auxiliares o de consultores técnicos a fin de ayudarse a enfrentar las tareas del proceso.

Entre los auxiliares, las partes, y sobre todo el defensor, podrán requerir de los servicios de un investigador privado, o de guardaespaldas o personas de enlace, al tiempo que los consultores técnicos serán básicamente expertos, personas peritas, que asesorarán a las partes en juicios donde se debatan cuestiones afines con su saber, tales como plagios artísticos, delitos fiscales, bancarios, informáticos, etc. La intervención de estas personas será solicitada por las partes al tribunal, en número no mayor de uno por cada categoría (un consultor técnico y un auxiliar) y los mismos no podrán sustituir a los representantes de las partes en sus funciones en el proceso.

El caso más claro de asistente no profesional, en extremo necesario para defensores y acusadores privados, lo es *el investigador privado*, a quien se encargará la realización de todas las

[46].- No debe olvidarse que el principio procesal, universalmente consagrado en la doctrina científica occidental, ha establecido que aquellos que están exentos del deber de denunciar a determinadas personas, están igualmente eximidos de declarar contra esas mismas personas. [*Nota del Autor*].

comprobaciones que sean necesarias para la parte que utiliza sus servicios y por ello esa parte debe procurar que el tribunal autorice el acceso de estas personas a las actas procesales y a las audiencias.

De igual manera, los estudiantes de derecho, sobre todos los de los últimos años, pueden cumplir las funciones de auxiliares no profesionales de las partes, para fungir como enlaces de la defensa con los actos procesales. Los abogados intervinientes (fiscales, acusadores privados o defensores) expresarán por escrito al tribunal quiénes serán sus asistentes no profesionales a fin de garantizarles el acceso a los actos procesales. Estas personas no son recusables, ni protestables en principio por las partes contrarias, pues se trata de figuras de apoyo de la parte quien los propone y su traída al proceso es de la exclusiva responsabilidad de esa parte, como lo establece sin ambages este artículo. Solo cuando la conducta procesal de estos asistentes se tornare reprochable y ello pueda ser probado, las demás partes podrán impugnar su presencia en el proceso.

El consultor técnico es una figura auxiliar de las partes en el proceso, cuya misión fundamental es asistirlas en el proceso, básicamente en materia de estrategia y manejo de pruebas, es decir, cómo producir la prueba de los hechos alegados por la parte que le nombra y cómo enfrentar la prueba de la parte contraria.

El consultor técnico puede ser un experto en cualquier área, con título o sin él, incluso un empírico, pues su nombramiento es de la exclusiva responsabilidad de la parte que invoca sus servicios. El consultor técnico no actúa frente al tribunal ni frente a las otras partes, sino que se comunica únicamente con la parte a quien sirve. Por estas razones, las partes solo se limitarán a comunicar al juez quién será su consultor técnico, sin necesidad de que ello penda de autorización alguna, pues tal nombramiento es un derecho de cada parte que el juez no debe desconocer so pena de incurrir en violación del derecho a la defensa.

Al igual que los auxiliares no profesionales, los consultores técnicos no son recusables, ya que la recusación es una institución destinada a salvaguardar la imparcialidad de ciertos sujetos procesales con posibilidades de influir en la decisión del proceso, y los consultores técnicos, de suyo, hacen parte de la posición procesal de quien los trae al proceso, al tiempo que no tienen ninguna influencia directa en la decisión de la causa.

6.- LOS TERCEROS EXCLUYENTES EN EL PROCESO PENAL

Los terceros excluyentes en el proceso penal, son aquellas personas naturales o jurídicas que concurren al juicio para reclamar como suyos algunos de los bienes ocupados o puestos bajo medida cautelar como producto de las actuaciones procesales, o para reclamar algún daño o perjuicio que le haya irrogado el proceso.

La actuación de estos terceros es siempre incidental, pues sus reclamos no versan sobre el objeto mismo del proceso (el hecho punible y sus comisores), sino sobre actuaciones separables

respecto de los bienes incautados o asegurados que reclaman como suyos. Esos incidentes o mociones, que a veces están regidos por la legislación procesal civil y no por las normas del proceso penal, son generalmente tratados en procedimientos paralelos al juicio principal, fundamentalmente en las etapas anteriores al juicio oral, aunque pueden aparecer en cualquier estado y grado del proceso, dependiendo de cuándo el reclamante se ha enterado de que sus bienes han sido afectados por la actuación penal.

7.- EL DENUNCIANTE COMO SUJETO PROCESAL

El denunciante es un sujeto eventual o accidental del proceso penal, en tanto el procedimiento puede comenzar por vías distintas a la denuncia, es decir, de oficio o por querella, figuras estas que le excluyen. Cuando una presunta víctima es quien denuncia, tiene las mismas cargas de todo denunciante, sin perjuicio de ninguno de sus derechos si ciertamente fuere víctima.

Normalmente el denunciante generalmente se convierte en testigo y por tanto diluye o subsume su condición de denunciante en la de testigo. Sin embargo, la individualización del denunciante tiene verdadera relevancia en el enjuiciamiento criminal cuando la denuncia resulta ser manifiestamente falsa o distorsionada o cuando se discute el hecho de si alguien debió denunciar algún hecho punible. La mayoría de ordenamientos penales establecen que cuando un denunciante ha dado lugar al inicio del proceso por medio de una denuncia falsa, y así fuere declarado por el tribunal, éste le podrá imponer desde el pago total de las costas procesales hasta una sanción por calumnia, falso testimonio, simulación de hecho punible u otro delito semejante.

La denuncia por lo general es obligatoria, máxime para los funcionarios públicos que conocen de un posible delito en razón de sus funciones. Esto es así, porque siendo el derecho penal de estricto orden público, la denuncia constituye el vehículo por excelencia para hacer llegar la *notitia críminis* a las autoridades de persecusión del delito. Por eso todo el que conozca de un hecho presuntamente delictivo tiene el deber de denunciarlo y, de no hacerlo, puede sufrir sanciones que van desde una multa hasta la privación de la libertad, según las diversas legislaciones. No obstante, algunas personas están dispensadas legalmente del deber de denunciar cuando se trate de parientes o allegados, según lo determina la ley, o cuando el que conozca de un hecho presuntamente delictivo haya accedido a ese conocimiento por vías protegidas por el secreto profesional o de confesión religiosa.

8.- EL PÚBLICO COMO PARTÍCIPE EN EL PROCESO

El público es un sujeto colectivo, difuso e indeterminado y absolutamente eventual o accidental en el proceso penal, formado por personas que vienen y van, y que se asoman al proceso penal, a veces por mera curiosidad. Pero, en razón del principio de publicidad que rige básicamente

el juicio oral, la presencia o ausencia del público en el debate penal puede tener gran relevancia jurídica, ya que el incumplimiento injustificado del requisito de publicidad del juicio oral, al negarse el tribunal a dar acceso al público sin justificación alguna o haciendo público un juicio oral que no debiere serlo, puede dar lugar a la nulidad del debate, siempre que se demuestre que ello ha tenido por objeto virlar o burlar el control que el público puede ejercer sobre la actuación del juez, con clara trascendencia a la dispositiva del fallo.

CAPÍTULO VII
EL OBJETO DEL PROCESO PENAL

1.- CONCEPTO DE OBJETO DEL PROCESO PENAL

Entre los conceptos fundamentales que deben manejarse para una correcta comprensión de la naturaleza del proceso penal y para el correcto abordaje de sus intríngulis prácticas, se encuentra lo relativo al objeto del proceso. No se trata de un asunto de fácil comprensión, pues tiene una arista filosófica muy aguda, al tiempo que una connotación práctica específica, que solo puede valorarse a través de los casos concretos. Por esta razón este tema, desde el punto de vista práctico, es el más exigente e importante de todos cuantos matizan de cientificidad el Derecho procesal penal, y su tratamiento está solo reservado a los iniciados, siendo a su vez la ménsula (que no la méntula), para determinar el grado de conocimiento de un estudioso acerca de la esencia del proceso penal.

El objeto del proceso penal se refiere esencialmente a las circunstancias concretas del hecho o de los hechos sobre los que recae la investigación, el juzgamiento y la sentencia, considerados en cada momento concreto del íter procesal; o sea antes de iniciarse el proceso, durante su desarrollo y después de terminado éste. De ahí la relación entre objeto del proceso y el principio de congruencia. De tal manera, el objeto del proceso tiene un aspecto dinámico y un aspecto estático, según sea el punto en que tomemos en consideración el estado de los hechos en el proceso o respecto a éste.

Así, por ejemplo, los hechos establecidos en un proceso ya decidido por sentencia firme y que conforman su objeto, constituyen, desde el punto de vista estático un elemento excluyente de la posibilidad de un nuevo juzgamiento de esos mismos hechos en un nuevo proceso, donde serían aducidos, con toda seguridad, a través de una excepción o moción de cosa juzgada.

Como puede apreciarse del ejemplo precedente, los hechos que fueron objeto de un proceso terminado y que constituyen cosa juzgada, están ahí detenidos y cristalizados en el tiempo, pero aun así, en ese estado estático, surten un efecto preventivo respecto a la posibilidad de reexaminarlos en un nuevo proceso.

En ese mismo orden de ideas, los hechos que estén siendo juzgados en un proceso determinado, pueden ser alegados como constitutivos de litispendencia, en otro nuevo proceso que se pretenda abrir por idénticos hechos y contra idénticas personas. Ésta es otra forma de efecto estático de los hechos como objeto del proceso.

Por otra parte, dentro del tracto de un proceso penal determinado el objeto del proceso puede variar, de acuerdo con los resultados mismos de la investigación y del juzgamiento, ya sea porque aparecen nuevos elementos que exculpan, que agravan o atenúan la visión original de los hechos, o que indican la existencia de alguna forma de concurso, o situaciones similares que hacen variar la percepción y fijación de los hechos del proceso. Estas variaciones del objeto del proceso también deben tener adecuadas respuestas procesales; de tal manera que, por ejemplo, si durante la fase preparatoria se ha instruido y declarado a un imputado por un homicidio, y las investigaciones revelan que pudo haber cometido otros *(serial killer may be)*, entonces deberá instruírsele de que se le imputan esos otros homicidios a fin de que pueda declarar al respecto y defenderse. De igual manera, si durante el juicio oral se observa la presencia de calificantes o agravantes en la presunta conducta punible del acusado, entonces las partes acusadoras podrá ampliar la acusación o el tribunal hacer la correspondiente advertencia al imputado para que se defienda de esas circunstancias.

De acuerdo con lo dicho, y resumiendo este espinoso pero importantísimo punto, podemos afirmar que el objeto del proceso es el conjunto de hechos atribuidos a determinadas personas dentro de un proceso penal, apreciados con relación a un momento concreto del proceso en cuestión, a fin de deducir consecuencias dentro de ese mismo proceso o en otro.

2. LOS COMPONENTES DEL OBJETO DEL PROCESO

Como claramente dimana de la definición anteriormente expuesta, el objeto del proceso tiene dos componentes esenciales:

a.- Los hechos imputados en sí mismos, entendidos como las acciones u omisiones que se atribuyan a una persona, con todas sus circunstancias de tiempo, lugar y modo. Esto es lo que se conoce como continencia objetiva del proceso.

b.- Las personas concretas, perfectamente identificadas, que comparecen o han comparecido al proceso, en calidad de imputados, acusados o penados. Estamos hablando de lo que la doctrina denomina la continencia subjetiva de la causa.

Los hechos imputados, para que cumplan adecuadamente su cometido como parte integrante del objeto del proceso penal, deben ser claros, precisos y circunstanciados y, en caso contrario, hay que entender que no existe imputación alguna y por ende no hay precisión en el objeto del proceso.

Esto es verdaderamente difícil de asimilar para los juristas que deben vivir el tránsito del sistema inquisitivo al acusatorio, pues el juzgamiento inquisitorio no reconoce fronteras al poder escudriñador del juez ni le establece límites en la imputación, de manera tal que los hechos objeto del proceso solo alcanzan concreción en la sentencia firme y, a veces, ni en ella misma. El proceso penal acusatorio, en cambio, supone una constante acotación de los hechos objeto del proceso, a los efectos de garantizar el derecho a la defensa y la seguridad jurídica. En un proceso penal seguido

correctamente bajo las pautas del principio acusatorio, el imputado y las demás partes, deben saber, en cada momento concreto los hechos que se le atribuyen y no puede deducirse consecuencias jurídicas de la variación de esos hechos o de sus circunstancias, si no es advertido previamente, e incluso, hay determinadas exigencias para realizar esas advertencias, que de ser inobservadas, harán imposible la aplicación de las consecuencias señaladas.

No es posible tener por imputada a una persona y llevarla a un proceso penal, porque exista un estado de opinión generalizada de que pudo haber cometido tal o cual hecho, o por sus antecedentes delictuales, o situaciones semejantes. La certeza y concreción del hecho objeto del proceso, en el procedimiento acusatorio debe manifestarse desde el primer acto imputatorio (instructiva de cargos), pues desde el mismo momento en que se produzca la individualización del imputado, hay que decirle de qué se le acusa concretamente y con qué elementos. Luego hay que notificarlo de la acusación; más tarde hay que notificarle el posible cambio de calificación o darle la oportunidad de oponerse a la ampliación de la acusación y finalmente no puede desmejorársele por su propio recurso (prohibición de *reformatio in pejus*).

Por todo lo anterior, el profesor Claus Roxin[47], expresa, con toda razón, que el tema del llamado aspecto fáctico (*quaestio facti*) del objeto del proceso es una característica exclusiva del carácter garantista del sistema acusatorio. Es claro, porque en el mal llamado "sistema" inquisitivo, el juez puede variar constantemente los hechos del proceso en perjuicio del procesado, dificultando gravemente su derecho a la defensa.

En cuanto al elemento personal del objeto del proceso, su importancia es obvia, pues las acciones u omisiones que tienen relevancia jurídico-penal tienen que ser atribuidas de manera concreta y precisa a personas determinadas, discriminando claramente sus grados de participación en los hechos, y sin que pueda alterarse caprichosamente estas circunstancias durante el proceso. De tal manera, la identidad de las personas imputadas y el grado de participación que se les atribuya en los hechos debe estar también perfectamente determinada en cada estadio del proceso y toda variación en ello debe ser justificada en el curso del proceso.

Lo anterior explica de suyo por qué los pilares o Columnas de Atlas del proceso penal son los siguientes:

i.- La existencia comprobada de un delito, evidentemente no prescrito, y

ii.- Elementos de convicción o indicios suficientes para considerar a una persona partícipe de ese delito; el primer elemento se refiere al componente fáctico u objetivo del objeto del proceso, pero ello no basta, y por eso se exige el segundo elemento, que es el componente subjetivo del objeto del proceso, porque sin imputado no hay proceso.

---

[47].- Ver: ROXIN, Claus: *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs. 159-163.

Como se aprecia, el problema de la observancia de las exigencias de la correcta conformación del objeto del proceso, depende, en primer lugar, de la forma de ejercicio de la acción penal y de la conducta de sus titulares, como explicaremos en el capítulo siguiente y, en segundo lugar, de los tribunales, que vienen obligados a decidir toda controversia que exista al respecto.

De todo esto se sigue como conclusión que, para determinar la existencia de litispendencia o de cosa juzgada será necesario determinar si el objeto de un proceso en curso es igual al objeto de otro proceso, teminado o en curso. Para ello habrá que precisar si entre el proceso en curso y aquel que se aduce preexistente hay:

a).- identidad de personas imputadas;

b).- identidad de hechos atribuidos a esas personas.

3.- LAS FUNCIONES DEL OBJETO DEL PROCESO

La importancia capital del objeto del proceso se concreta en lo que la doctrina ha dado en llamar, "las funciones del objeto del proceso penal", las cuales pueden resumirse en lo siguiente:

1.- Brindar las bases para la determinación de la competencia;

2.- establecer los límites de la investigación, del proceso y de la sentencia;

3.- determinar los marcos del ejercicio de la defensa en el proceso;

4.- determinar los alcances del efecto extensivo del juzgamiento de los coimputados.

5.- fijar la procedencia o no de la litispendencia; y

6.- definir la extensión de la cosa juzgada.

Si ya sabemos, qué es en definitiva el objeto del proceso, cuáles son sus componentes y cómo funciona, tanto en sentido estático, como en sentido dinámico, estamos en condiciones de entender cada una de estas funciones del objeto del proceso, siempre que esté bien determinado.

En primer lugar, el objeto del proceso brinda las bases para la determinación de la competencia, en todos sus aspectos, pues en el objeto del proceso deben estar contenidas todos los indicadores fácticos y subjetivos que permitan decidir si el hecho debe ser juzgado por tal o cual tribunal. Estos indicadores son el tipo de delito imputado, los bienes jurídicos que afecta, el lugar de ocurrencia, la edad del imputado, su ocupación, etc.

En segundo lugar, el objeto del proceso sirve para establecer los límites de la investigación, del proceso y de la sentencia, porque una vez establecido, la investigación no puede desviarse hacia cuestiones ajenas a dicho objeto con el solo propósito de amedrentar o de «ver qué otra cosa se consigue». Por ejemplo, si a un ciudadano se le imputa formalmente un delito de falsificación de documentos, no tiene sentido solicitar una orden de allanamiento de su domicilio para buscar drogas. De igual manera, una vez establecido el objeto definitivo del proceso a través de la acusación y del auto de apertura, no se le puede variar en perjuicio del acusado, agregando nuevos hechos o

circunstancias a capricho de los acusadores o del tribunal, y por ello mismo, en caso de condena, la sentencia no puede ir, como regla general, más allá del hecho establecido en la acusación y el auto de apertura. Esto último es lo que se conoce como "principio de congruencia entre la acusación y la sentencia" (ver art. 363 COPP).

En tercer lugar, el objeto del proceso determina los marcos del ejercicio de la defensa en el proceso, ya que el imputado solo debe defenderse de aquello que concretamente se le imputa y no tiene que usar defensas "preventivas" o "por si acaso", para el supuesto de que la investigación se desvíe hacia extremos insospechados o de que pueda ser sorprendido por el hecho de que se le acuse de hechos que no fueron objeto de la investigación o que se les condene por ellos.

En cuarto lugar, el objeto del proceso determina el alcance del efecto extensivo del juzgamiento respecto a los coimputados que se encuentren en idénticas circunstancias respecto a los hechos del proceso. Por su importancia, dedicamos al efecto extensivo un epígrafe exclusivo más adelante, dentro de este mismo capítulo.

En quinto lugar, el objeto del proceso fija la procedencia de la litispendencia, porque para que pueda decirse que ésta existe entre un proceso y otro, es necesario comparar el objeto de ambos procesos y determinar si concurren las identidades subjetivas y fácticas.

Y en sexto y último lugar, el objeto del proceso determina el contenido de la cosa juzgada, pues toda sentencia firme en materia penal, al contener un pronunciamiento de fondo sobre unos hechos punibles concretos atribuidos a determinadas personas, produce el efecto de que esas personas no puedan ser nuevamente juzgadas por esos mismos hechos.

4. EL EFECTO EXTENSIVO DEL JUZGAMIENTO Y EL OBJETO DEL PROCESO.

En el proceso penal constituye un desideratum que quienes sean declarados culpables reciban su castigo en la medida justa de su responsabilidad. La determinación de la pena concreta depende de la pena abstracta que tenga asignada el delito que se declare cometido administrada en consonancia con las circunstancias personales del sancionado y con las circunstancias propias de comisión del hecho. Es decir, a la hora de imponer la pena concreta, los jueces vienen obligados a considerar asuntos tales como si el acusado es primario o no en la comisión del delito, si concurren atenuantes, agravantes o calificantes de la responsabilidad penal.

En el caso de los procesos penales donde figuran como imputadas varias personas, estás deben recibir el mismo tratamiento siempre que se encuentren en las mismas circunstancias de participación en los mismos hechos. Si todos son acusados de ser autores materiales o perpetradores de los mismos delitos, deben recibir la misma pena, salvo que con respecto a algunos de ellos concurran circunstancias *personales* distintas a los demás. Es claro que la pena será distinta si algunos son condenados como cómplices o cooperadores, a menos que la ley penal sustantiva disponga que sean sancionados igual que los autores. Igualmente, alguno de los procesados en estas circunstancias podrá resultar absuelto si se prueba su no participación, que es una circunstancia personalísima. De la misma manera, alguno podría ser declarado no responsable en razón de insania mental u otra causa personalísima de inculpabilidad.

Sin embargo, en el curso de cualquier proceso penal con varios encausados, éstos pueden ser blanco de tratamientos diversos a pesar de encontrarse en las mismas circunstancias respecto al objeto del proceso, cuando, por ello mismo, serían merecedores de igual trato, salvo claro está, las circunstancias personalísimas de cada uno.

Hay casos, por ejemplo, en los que se imputa a varios hombres la violación conjunta de una misma mujer. Algunos admiten sus responsabilidad antes del juicio (acuerdos con la fiscalía, admisión de los hechos, *plea bargaining,* etc.) y son sentenciados y otros van a un juicio oral, en el que se demuestra que no hubo tal violación. En el debate se comprobó que la mujer, en una "noche loca de vinos y rosas", decidió montarse un "*gangbang*"[48], con doble penetración incluída, pero al trascender su juerga y ser una mujer casada, no encontró mejor forma de justificarse ante su marido que acusando de violación a sus *partners*[49]. Como consecuencia de esta comprobación, los que fueron a juicio resultaron absueltos, porque el hecho imputado no existió como tal, es decir no hubo violación sino acto consentido entre adultos, que no es delito. En este caso, áquel que admitió su responsabilidad antes del juicio tiene derecho a que se le aplique los efectos de ese fallo y se le absuelva también, porque ha sido condenado por el mismo hecho que áquellos que resultaron absueltos; y si el hecho, es decir el encuentro sexual con aquella señora, fue declarado no delictual para los juzgados, tampoco lo será para quien admitió. Los partidarios de la represión por la represión misma adversan esta solución, porque dicen que quien admitió su responsabilidad debe cargar con cruz, ya que por alguna razón se doblegó. Esa alguna razón está casi siempre enunciada en términos religiosamente místicos y capciosos, como sugiriendo una conciencia culpable en el confesado. Lo que no se detienen a pensar los que así opinan, es que muchas veces el peso abrumador del proceso, sus dilaciones, los malos consejos de los defensores, el papel a veces cruel de los medios, la vergüenza de la exposición pública y otras muchas razones, impulsan a una persona a declararse culpable anticipadamente, privándose del derecho al juicio justo que la razón y el pensamiento en frío aconsejan.

En otro ejemplo clásico, varios acusados son condenados por una forma agravada de robo, porque despojaron a un señor de su automóvil bajo amenaza de facsímiles de armas de fuego que portaban. Algunos de los condenados apelan y otros no. Como resultado de esa apelación a los apelantes les rebajan su condena, porque el *ad quem* considera que el uso de armas de fuego simuladas (facsímiles) no comporta una forma agravada del delito. En tal caso, quienes no apelaron tienen el derecho a que se les rebaje igualmente la pena, pues el hecho es el mismo para todos los involucrados, solo que fue mal calificado por el tribunal de instancia. En este caso, ni siquiera importa que los defensores de los que se conformaron con el fallo del tribunal de juicio no hayan siquiera cuestionado la calificación jurídica del hecho, pues el criterio del tribunal superior debe privar sobre el del inferior. Esto es lo que se conoce como efecto extensivo de los recursos que, como se ve, se deriva del componente objetivo del objeto del proceso.

---

[48].- En el lenguaje coloquial de la pornografía en idioma inglés, se denomina así a una modalidad sexo en grupo, en la cual una mujer mantiene relaciones con mas de dos hombres al mismo tiempo.

[49] .- Textualmente: "socios", en inglés. De esta palabra deriva el coloquialismo caribeño de "pana".

Los anteriores ejemplos demuestran que en las sociedades civilizadas el trato desigual para quienes se encuentren en las mismas circunstancias fácticas o personales resulta inaceptable, cualquiera sea el grado o el estado en que se encuentre la causa.

Para resolver en los planos doctrinal, jurisprudencial y legislativo, el problema del trato desigual a los procesados concircunstanciados[50], la Ciencia Procesal Penal, en uso de la lógica que dimana de la naturaleza de las cosas, creó y desarrollo la institución del *efecto extensivo del objeto del proceso*, más abreviadamente conocida como "efecto extensivo". Según esta institución, todos los coprocesados deben recibir igual tratamiento jurídico penal, siempre que se encuentren en las mismas circunstancias respecto al objeto del proceso y le sean aplicables las mismas defensas o ecepciones. En la actualidad, al calor de las doctrinas garantistas y de las concepciones humanistas de las normas internacionales sobre Derechos Humanos, se ha entendido que toda aplicación del efecto extensivo del objeto del proceso debe ser a favor del reo y nunca en su perjuicio.

Se trata de una institución de la más pura lógica, pues la igualdad de premisas que supone la similaridad de posturas frente al objeto del proceso, debe conducir a conclusiones iguales o similares; y esta logicidad dimana claramente de las circunstancias que rodean la intervención que se atribuye a cada coprocesado en los hechos que se les imputan.

Las indicadores que caracterizan el efecto extensivo del objeto del proceso se refieren siempre a su componente objetivo, o sea los hechos imputados y son las siguientes:

a).- El hecho imputado en sí, con todas sus circunstancias de tiempo lugar y modo.

b).- El grado de participación atribuido a cada sujeto (autoría, cooperación, complicidad, etc.).

c).- Las atenuantes, agravantes o calificantes provenientes del hecho.

El hecho imputado, por si mismo, es el principal indicador a tomar en cuenta para determinar el efecto extensivo del objeto del proceso y por eso, cuando se invoque su aplicación, siempre debemos analizar si los hechos que se imputa al solicitante son exactamente los mismos o guardan estrecha relación con los que se imputaron a los que resultaron beneficiados, en todas sus circunstancias de tiempo lugar y modo: bienes jurídicos afectados, conexidad sustantiva (delitos de medio a fin, delito continuado, concurso ideal, homogéneo o heterogéneo), identidad de objeto material, elementos subjetivos, elementos psicológicos, sujetos calificados, etc. Se debe recordar que no se puede condenar a nadie como autor de una conducta realizada para facilitar la comisión de otro delito si judicialmente se establece que tal delito no se realizó, a menos que el acto facilitador sea delito *per se*. Por ejemplo, no puede condenarse a una persona por haber trasladado lo que él suponía que era el botin de un robo, si se demuestra que ni era tal botín ni hubo tal robo; pero si alguien mata al vigilante del banco para facilitar el trabajo de los ladrones, responderá por esa muerte aunque no haya habido robo o habiéndolo, no se haya probado quienes fueron sus autores.

---

[50].- Dícese de aquellos que se hallan en las mismas circunstancias.

El grado de participación que se atribuya a cada sujeto en los hechos es también muy importante para la determinación del efecto extensivo, pues varias personas sancionadas por estar incursas en un mismo hecho pueden ser sancionadas con diferentes penas solamente si tienen grados diferentes de participación (autores, cómplices, cooperadores o encubridores[51]) o si en ellos concurren circunstancias personales diferentes. Por tanto, cuando el hecho imputado fue el mismo para todos los procesados, el beneficio del efecto extensivo solo podrá ser concedido al reo más severamente tratado si su grado de participación es igual o menor al del más beneficiado. Esto se expresa en la frase coloquial:

> "¡Cómo es posible que a X (cómplice), que solo le dio su arma a Y para que matara a K, lo hayan sancionado más severamente que a Y, que fue quien ideó el hecho y su autor material del hecho".

Las circunstancias personales de los encausados (primariedad, edad, ocupación, enfermedades, parentesco, amistad o enemistad con la víctima, etc) son absolutamente independientes del objeto del proceso y por ello las formas de tratamiento jurídico penal que se basen en ellas, no podrán ser extensibles jamás a otros coprocesados aunque sean concircunstanciados.

Las atenuantes, agravantes o calificantes que provengan de la ejecución del hecho deben ser analizadas a la hora de solicitar o conceder el beneficio del efecto extensivo, para determinar si todos los coprocesados están incursos en ellas o no. Así, por ejemplo, no se puede sancionar a X como cómplice de uxoricidio porque facilitó un arma a Y, quien le dijo que iba a matar a una persona, sin decirle quien, siendo que luego la persona ultimada resultó ser la esposa de Y. Por otra parte, si a dos coimputados se le atribuye el haber ultimado a otro con alevasía y el hecho y la participación aparecen de autos exactamente iguales para ambos, la desestimación de esa agravante respecto a uno de ellos en cualquier estado o grado del proceso (condena anticipada, juicio oral, recursos, ejecución, etc) debe beneficiar a otro indefectiblemente.

El efecto extensivo es pues, una consecuencia de la continencia objetiva de la causa y de la unidad del objeto del proceso que trasciende a la cosa juzgada, y que tiene como finalidad última la evitación de fallos contradictorios, dictados en un mismo proceso o en procesos diferentes, respecto a personas diferentes. Por tanto, la aplicación o no del efecto extensivo vendrá determinado por la relación que tenga la participación de diversas personas en un mismo hecho o en hechos conectados entre sí y por la calificación jurídica que se dé a tales hechos. El efecto extensivo puede funcionar por inclusión, por exclusión y accesoriedad. Así, por ejemplo:

a.- Todos los que hayan participado por igual en un mismo hecho, deben beneficiarse por igual de la declaración de inexistencia, de insignificancia o de atipicidad del mismo, bien sea

[51].- Allí donde el encubrimiento no sea una figura delictiva independiente.

que estén siendo todos juzgados por ese hecho en un mismo proceso o que sean juzgados unos primero y otros después. Lo mismo ocurrirá respecto a la calificación jurídica del hecho común.

b.- La certeza de que un hecho solo pudo ser cometido por una persona, excluye la participación de otras y por tanto a esas otras pueden extenderse los beneficios que resulten de tal certeza.

c.- El sujeto cuya participación depende de la de otro, se beneficiará por extensión de todo cuanto mejore a este último.

En este mismo orden de ideas, el efecto extensivo, como decíamos, se refleja en el contenido de la cosa juzgada penal, particularmente en su efecto material o posibilidad de hacer valer lo juzgado en otro juicio distinto a aquel donde recayó la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. En este caso, la persona contra la que se abra un proceso penal por un hecho en el cual recayó sentencia firme, podrá hacer valer los pronunciamientos de aquella sentencia que le sean extensibles.

Las situaciones más comunes en las cuales puede aplicarse el efecto extensivo son:

a.- Cuando los hechos comunes a varios coimputados no revistan carácter no penal, o merezcan una calificación más benigna;

b.- Cuando los hechos comunes a los coimputados sean inexistentes;

c.- Cuando haya falta absoluta de pruebas respecto a los hechos comunes a los coimputados;

d.- Cuando se declare no existir el delito principal del cual se hace derivar un concurso, o formas de participación accesorias;

e.- Cuando se declare la menor gravedad del delito principal, provocando una atenuación de la pena de los conexos y partícipes accesorios.

Cualquier pronunciamiento procesal que se produzca en estos casos a favor de un imputado debe beneficiar a los que se hallen en las mismas circunstancias o en circunstancias conexas, aun cuando no sean parte en el proceso o no se encuentren a derecho, pero siempre en la medida en que pueda establecerse el vínculo adecuado entre sus respectivas participaciones.

Si la falta de tipicidad, la inexistencia del hecho imputado o la falta de pruebas de ese hecho, dan lugar al sobreseimiento de la causa, ello beneficia a todos los que se le impute haber intervenido en ese hecho, estén a derecho en el proceso o no, pero solo por lo que respecta a ese hecho específico, pues de existir en la causa imputaciones de otros hechos delictivos diferentes, cada imputado responderá por su respectiva participación en los mismos. Si alguno es imputado como cooperador en un secuestro por haber hurtado un carro y ponerlo a disposición de los secuestradores y luego se prueba que no hubo tal secuestro, ahora será responsabilizado solo del hurto del vehículo. Igualmente, si alguno fue condenado como cómplice de un homicidio calificado o asesinato, y no recurrió, pero sí lo hizo el acusado principal, dando lugar a que la calificación jurídica del hecho fuera cambiada por la de homicidio intencional simple, con la consiguiente rebaja de pena, entonces la pena del

declarado cómplice debe ser consecuentemente rebajada, en razón de la conexidad que existe entre ambas formas de participación en un hecho común.

De todo lo dicho podemos inferir que, en general, el efecto extensivo de las situaciones jurídico-penales es producto de la necesidad de determinar la existencia o no de responsabilidad penal de personas diversas en relación con hechos que, de alguna manera, les son comunes, cuando tal determinación se produce en tiempos diferentes, con el propósito de asegurar una aplicación equitativa, proporcionada y justa del Derecho penal y de sus consecuencias procesales.

En ese sentido, el efecto extensivo, en su acepción básica y esencial, es una norma de orden público y por tanto de carácter imperativo y apreciable incluso de oficio, según la cual, los pronunciamientos beneficiosos que puedan hacerse a favor de alguno de los imputados, en cualquier estado y grado del proceso, deben ser aplicados a todos sus coimputados o personas enjuiciables por los mismos hechos o por hechos conexos, siempre y cuando su participación en los mismos sea la misma, o guarden entre sí una relación de tipicidad correspectiva, es decir, que la calificación de uno dependa de las del otro, o cuando todos los imputados se hallaren cobijados por idénticas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

En cuanto a los recursos, el efecto extensivo de es, pues, una consecuencia de esa norma de orden público, imperativa y apreciable aun de oficio, que es el efecto extensivo en general, según la cual, los pronunciamientos beneficiosos que se hayan hecho a favor del recurrente en la sentencia o auto que resuelve el recurso, deben ser aplicados a todos sus coimputados que no hayan recurrido y se hayan conformado con la decisión del *a quo*, siempre y cuando los hechos en que hayan intervenido hayan sido los mismos, o guarden entre sí una relación de tipicidad correspectiva, es decir, que la calificación de unos dependa de la calificación de los otros, o cuando todos los imputados se hallaren cobijados por idénticas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Los casos más comunes son aquellos en los cuales la decisión del tribunal *ad quem* declara el carácter no penal de un hecho, su inexistencia, la falta de pruebas para acreditarlo, o califica los hechos de manera más benigna que el tribunal *a quo*. En todos estos casos los efectos de estos pronunciamientos deben hacerse extensivos a los imputados que no hayan recurrido, hayan sido considerados coautores o cómplices.

5.- EL OBJETO DEL PROCESO Y LA CALIFICACIÓN JURÍDICA

La calificación jurídica, aun cuando se trata de un elemento consecuencial y derivado del objeto del proceso, e inseparable de él, por sí misma, no forma parte de aquél, ya que tiene un carácter variable y subjetivo, dependiente de lo que resulte de la práctica y valoración de la prueba.

El establecimiento del objeto del proceso debe tener una vocación irresistible de objetividad a través de la prueba, es decir, los hechos justiciables y la participación de los imputados, por su

carácter de acontecimientos históricos objetivos e independientes de la conciencia humana, pueden ser establecidos mediante los medios probatorios adecuados. Sin embargo, un mismo hecho, objetivamente establecido y sobre cuyos elementos y partícipes no existan dudas, puede ser calificado jurídicamente de una manera por unas personas, y de otra manera por otras personas, aun cuando se trate del mismo hecho considerado. En esto consiste la llamada variabilidad subjetiva de la calificación jurídica, que le excluye como componente del objeto del proceso.

Veamos un ejemplo. Un sujeto fue condenado por haber despojado a una señora de un automóvil en un estacionamiento, el día 23 de junio de 1994 a las 10 a.m., intimidándola con una pistola de juguete (facsímil). Este hecho fue calificado como robo simple. Posteriormente se intenta juzgar al mismo individuo en el año 2000, por el mismo hecho, con todas sus circunstancias de tiempo lugar y modo, solo que ahora aparece calificado como robo agravado, pues se considera que el uso del facsímil equivale al uso de un arma real. En realidad el objeto de ambos procesos es idéntico y por ello el alegato de cosa juzgada debe prosperar, aun cuando las calificaciones jurídicas sean distintas, pues a fin de cuentas el imputado se defiende del hecho que se le atribuye no de su calificación jurídica.

La calificación jurídica solo se torna importante:

a.- Cuando ha cesado toda disputa en torno a los hechos y a la participación, o

b.- Cuando las modificaciones en los hechos y en la participación acarrean cambios consecuenciales en la calificación jurídica.

El primer caso se presenta cuando el imputado admite, totalmente los hechos de la acusación o cuando celebra convenios con las partes acusadoras para relevar de prueba a ciertos hechos, que se consideran suficientemente acreditados en el proceso. En estos casos, todo se reducirá a la calificación jurídica de esos hechos admitidos. Por eso siempre hemos dicho que los jueces no están vinculados u obligados por la calificación jurídica establecida por las partes acusadoras.

El segundo caso se produce en caso de ampliación de la acusación, pues la adición de nuevos hechos al objeto del proceso, pues ello, indefectiblemente provocará, por vía de consecuencia, una variación de la calificación jurídica.

CAPÍTULO VIII
LA ACCIÓN PENAL

1.- CONCEPTO DE ACCIÓN PENAL

La acción penal es la facultad o prerrogativa de perseguir o solicitar la persecución de los presuntos responsables de los hechos punibles, y es, desde el punto de vista de la teoría de los actos procesales, la causa de los actos procesales penales.

En el sistema inquisitivo la titularidad de acción penal pertenece al juez de principio a fin del proceso y, por tanto es él quien puede ordenar la apertura de la averiguación penal y tomar *motu proprio* todas las previsiones cautelares al respecto, mantener la imputación, recabar evidencias sin fin, sentenciar y ejecutar la sentencia. En el inquisitivo es posible que todo el proceso, aun cuando formalmente se divida en varias faces, sea conocido íntegramente por un mismo juez.

En el sistema acusatorio, en cambio, la acción penal tiene como titular a un sujeto distinto del juez. En un primer momento, en los sistemas acusatorios de los pueblos de la antigüedad, la acción penal pertenecía a la víctima o a los agraviados, pero en la medida que se fue reduciendo la vindicta privada y reforzándose el *ius publici punidendi*, la acción penal fue concentrándose en manos del

Estado, a través de órganos especializados, llamados hoy día Fiscalías o Ministerios Públicos. La acción penal privada en los delitos de acción pública ha quedado reducida, en la mayoría de las legislaciones contemporáneas, a un rol subsidiario o sustitutivo frente a la vindicta pública, aun cuando desde la segunda mitad del siglo XX se observa una fuerte y sostenida tendencia a autorizar su ejercicio conjunto e independiente respecto de la acción penal pública.

El concepto de la acción penal está presente a lo largo de todo el proceso, desde su inicio hasta la sentencia definitiva, pues solo así se justifica el impulso del proceso. Hay tratadistas que opinan que en la fase preparatoria del proceso penal acusatorio no existe acción penal. Esta posición es a todas luces errónea, pues en los sistemas mixtos, donde existe juez de instrucción o un instructor policial o sumariador, son éstos los titulares de la acción penal, en tanto que en los sistemas acusatorios plenos, en los cuales la fase preparatoria es controlada por el fiscal, es a éste a quien corresponde plenamente el ejercicio de la acción penal.

En el proceso penal, dadas sus características especiales de averiguación-juzgamiento, la acción penal existe tanto en la fase preparatoria como en la fase del juicio oral. Cuando el fiscal cita a una persona para comparecer ante él como imputado, está ejerciendo la acción penal, al igual que cuando solicita su detención o dispone determinadas diligencias de comprobación del cuerpo del delito. Pero la acción penal alcanza su máximo nivel cuando se convierte en acusación formal, por haber considerado el fiscal que existen todos los elementos necesarios para estimar al imputado autor o partícipe de un hecho punible y solicitar su enjuiciamiento en debate oral y público. Entonces es cuando la acción penal deja de ser acusación en ciernes para convertirse en acusación en firme.

Sin embargo, la acción penal, en tanto facultad de perseguir a las personas presuntas comisoras de delitos, podrá ser ejercida por sus titulares, bien de manera obligatoria o bien de manera facultativa o discrecional en ciertos casos, según el ordenamiento procesal penal esté regido de manera absoluta por el principio de oficialidad, o admita en mayor o menor medida el principio de oportunidad o discrecionalidad en el ejercicio de la acción.

2.- LOS LLAMADOS CARACTERES DE LA ACCIÓN PENAL

El desarrollo progresivo de un concepto de orden social basado en la preeminencia del Estado como guardían de la paz ciudadana y pretenso depositario del más acabado sentido de justicia, condujo a la la progresiva sustitución y posterior proscripción de la venganza privada como forma de saldar los agravios ocasinados por delitos. Esto condujo a la Humanidad a un modelo donde la acción penal o facultad para peseguir y castigar el injusto penal se convirtió en monopolio del Leviatán burocrático y totalitario. En este modelo, incluso, llegó prácticamente a desaparecer el ejercicio de la acción penal en juicio por los particulares agraviados (acción privada) y más aun su ejercicio por colectivos de intereses difusos (acción popular).

Sin embargo, este acaparamiento de la acción penal por el Estado, en cabeza de los jueces en el sistema inquisitivo o por órganos de los persecutores públicos (fiscales o procuradores), tenía necesariamente que producir una construcción ideológica, más que teoretética o doctrinaria, que justificara ante las víctimas y comunidades afectadas por el delito, ahora privadas del *ius persecuendi*, que en lo adelante la persecución penal no estaría sometida a la benevolencia, la lenidad o la discrecionalidad de los funcionarios públicos encargados de esa tarea. Es así como surge la concepción acerca de los llamados "caracteres" de la acción penal, que vino a cumplir aquel propósito justificante.

Por años, desde la consagración de la Inquisición en 1215 d.C. (IV Concilio de Letrán) hasta el establecimiento generalizado del sistema acusatorio en Europa a fines del siglo XIX, se mantuvo que la acción penal tenía los siguientes caracteres o rasgos distintivos:

1.- *Oficialidad***:** El ejercicio de la acción es privativo del Poder Público.

2.- *Publicidad***:** Pueden ejercerla solo funcionarios públicos (jueces y fiscales), en tanto se busca proteger a la sociedad en su conjunto, en tanto se ejercita en interés de todos sus miembros y no de personas particulares.

3.- *Irrenunciabilidad e Indiscrecionalidad*: Los funcionarios encargados de la persecusión penal no pueden negarse a averiguar y perseguir todo hecho con caracteres de delito.

4.- *Irrevocabilidad:* No se puede interrumpir, suspender o hacer cesar, una vez iniciado el proceso.

5.- *Indivisibilidad***:** Comprende a todos los que hayan participado un hecho delictivo. El perdón a uno de los procesados comprende a todos. No se puede perdonar a uno de los que participaron y a los otro no.

6.- *Unicidad***:** No se admite pluralidad o concurso de actores, lo que excluye a la víctima acusadora y a los acusadores populares.

Estos llamados caracteres de la acción penal se presentaban así, en contraposición a los rasgos esenciales de la acción civil, básicamente dispositiva, potestativa, renunciable, negociable y divisible por parte de sus titulares. De tal manera, se partía de la idea de que el orden social exigía, para tranquilidad de todos, que todo hecho con visos de delito sería investigado hasta las últimas consecuencias. De allí surgió la máxima según la cual ningún crimen debía quedar sin catigo, tras la que más de una vez se cobijó la injusticia suprema hecha condena del inocente. Esta visión estatista e ius publicita (oficialista) de la justicia penal, escondía, por tanto, un autoritarismo, tras el cual se ocultaba la negación de la vindicación de los ciudadanos particulares contra ciertos personajes de alcurnia, cuando ello fuere considerado como politicamente incorrecto.

Pero sabemos que la transformación progresiva de la sociedad desde los modelos rurales y simples de vida hasta las modernos tipos de sociedades complejas, urbanas y concupiscentes, ha

hecho imposible el mantenimiento de aquellos caracteres de la acción penal como norte de la justicia criminal y ha condicionado el paso progresivo a formas más realistas del tratamiento del tema, en medio de la creciente masificación y la complejidad del fenómeno delictivo, al tiempo de un claro desarrollo de los derechos humanos y civiles indiduales.

Es así como surgen las múltiples variedades de acuerdo entre acusados y acusadores (plea bargaining, tratos de inmunidad, etc.) o entre víctimas y acusados, a fin de evitar, suspender o terminar el ejercicio de la acción penal (acuerdos reparatorios, suspensión condicional del proceso, etc.). De la misma manera, el Estado ha ido cediendo a los particulares el ejercicio de la acción penal en toda una serie de delitos de bagatela (apropiaciones indebidas de poca monta, lesiones leves, etc.) o en aquellos que atentan contra el honor, la imagen pública (difamación, injuria). De tal manera, hoy día, los caracteres de oficialidad e indivisibilidad de la acción penal se han visto disminuidos por el llamado principio de oportunidad y por las facultades de disposición de la acción penal que hoy se les confiere en muchas legislaciones a los fiscales.

3.- LA ACUSACIÓN COMO PRESUPUESTO ESENCIAL DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO. CORRELACIÓN ENTRE ACCIÓN Y ACUSACIÓN

A.- CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD

En el sistema acusatorio la condición de procedibilidad, o sea el requisito para que haya juicio y sentencia definitiva, es la formulación de una acusación por un órgano distinto del órgano jurisdiccional que debe decidir y por tanto, en el sistema acusatorio, no hay jurisdicción sin acción. Esto quiere decir que el tribunal no puede proceder en forma alguna si antes no media el ejercicio de la acción penal por el fiscal del Ministerio Público o por el acusador privado. Consiguientemente, el juzgador no puede, ni en la fase preparatoria ni en la fase de plenario, desarrollada en forma de juicio oral, disponer medida alguna contra una persona si no ha recibido la excitación o exhortación de los sujetos titulares legítimos de la acción penal.

En el sistema inquisitivo, por el contrario, la acción para perseguir el delito pertenece al juez todopoderoso, quien se mueve a conocer por mera *notitia criminis*, a veces en acentuada pugna con otros jueces de igual rango de la misma circunscripción, y no para de conocer sino hasta que se cansa o se da cuenta que el proceso debe llevar a sentencia definitiva.

B. PRECISIÓN Y LIMITACIÓN DE LA IMPUTACIÓN E INALTERABILIDAD OBJETIVA DE LA CONTINENCIA

En el sistema acusatorio, el titular de la acusación tiene que señalar concretamente cuáles son los hechos que imputa al acusado y no se los puede variar en su perjuicio ni por el propio sujeto activo de la acusación ni por el tribunal durante el proceso, a menos que se produzca lo que la teoría española del procedimiento penal ha dado en llamar «fórmula o tesis compositiva o de desenganche» y que la doctrina germana denomina «ampliación de la acusación», es decir, que de las pruebas practicadas en el juicio oral, y sobre las cuales el acusado y su defensor han estado en posibilidad de ejercer control, se infiera que los hechos son más graves que los originalmente imputados o que existen otros hechos íntimamente asociados a aquéllos y que no fueron oportunamente imputados. Estas previsiones existen para salvaguardar el derecho a la defensa en el sistema acusatorio, pues aparte de que en virtud del principio de precisión de la imputación se limita el campo del debate penal y los defensores quedan en cuenta de a qué atenerse y sobre esa base desarrollarán su actividad. En estos casos se habla de inalterabilidad objetiva de la continencia de la causa, pues el objeto del proceso, o lo que es lo mismo, el hecho justiciable entendido como su contenido, no debe variar.

Por tanto, durante el proceso acusatorio debe observarse una estricta correspondencia entre el hecho imputado, el hecho juzgado y el hecho sentenciado. Éste es quizás el más importante de todos los principios que informan el sistema acusatorio y consiste, básicamente, en que el hecho que sirve de fundamento o de sustento a la acusación, o sea el hecho imputado, debe mantenerse sustancialmente inalterable durante todo el proceso y cualquier variación que experimente debe ser, en principio, a favor del reo, salvo los procedimientos de fórmula compositiva o ampliación de la acusación. De aquí se desprende que el sujeto titular de la acusación tiene la obligación de cuidar con esmero la formación de la imputación, a fin de evitar que las insuficiencias de su trabajo en la fase preparatoria se conviertan en impunidad absoluta (por absolución) o en impunidad relativa (por benignidad del fallo basada en insuficiencia en la calificación).

En el sistema inquisitivo, en cambio, no existe precisión ni limitación de la imputación y mucho menos inalterabilidad objetiva de la continencia, por cuanto la facultad inquisidora del juez de instancia altera constantemente los límites del debate en perjuicio del acusado.

La acusación, como forma de ejercicio de la acción penal, es el presupuesto fundamental del proceso acusatorio, tal y como claramente dimana de su denominación, pues, como regla general y casi inexorable, sin acción no hay jurisdicción en este tipo de procedimiento, el cual debe su nombre al hecho de que está totalmente supeditado a los términos de la acusación, a diferencia del procedimiento inquisitivo, que depende mayormente de la actividad ilimitada de un órgano jurisdiccional que es investigador, acusador y decisor al mismo tiempo. Sobre este particular, Francesco Carnelutti nos dice que:

> En su origen, la lucha judicial penal se desarrolla inmediatamente entre el juez y el imputado; entonces el proceso pertenece a aquel que se llama del tipo inquisitorio puro, cuyo carácter consiste no tanto en la ausencia de la acusación como de toda mediación entre juez e

> imputado. Empeñado así el juez, sin límites, en la busca de las pruebas y de las razones, es inevitable que se convierta, según una célebre frase, en el «enemigo del imputado». El grave peligro de injusticia, que se sigue de ello, denuncia la inferioridad del tipo inquisitorio y determina su sustitución por el tipo acusatorio, cuyo carácter consiste, a su vez, no tanto en la presencia de la acusación, cuanto en la mediación de la acusación y de la defensa entre juez e imputado.[52]

De lo expresado se deduce, como acertadamente lo señala Carnelutti, que la acción penal no es privativa del sistema acusatorio, pues a fin de cuentas, la acción penal puede ser definida simplemente como la facultad de perseguir al presunto autor de un hecho punible, procurando el esclarecimiento tanto de las circunstancias del delito como la participación del imputado y su eventual condena o absolución. Sin embargo, el problema consiste en quién y cómo ejerce la acción penal. Así, si la acción penal es ejercida, sobre todo en los delitos públicos, por los jueces, con independencia de que el Ministerio Público o fiscalía, o los eventuales perjudicados, formulen cargos o conclusiones acusatorias y también con independencia de que el acusado pueda estar asistido por un defensor, el procedimiento así diseñado seguirá siendo inquisitivo.

Por estas razones y como ya hemos apuntado, y quizás debiéramos repetir hasta el cansancio, el carácter acusatorio del proceso penal consiste en que éste solo puede iniciarse a instancias (imputación-acusación) de un titular público o privado, absolutamente distinto de los jueces y que el enjuiciamiento se produzca solo y únicamente dentro de los límites de la acusación, en tanto que ésta (la acusación) debe estar concretada a hechos perfectamente descritos y calificados jurídicamente, que deben ser hechos del conocimiento del acusado y de sus defensores con anterioridad a la celebración del debate oral y público, que les tendrá como único centro y objeto (congruencia entre acusación y sentencia).

Por tanto, el imputado o acusado debe ser notificado de la imputación en su contra y solo deberá defenderse de su contenido (hechos, calificación, evidencia y solicitud de sanción). Es decir, la defensa del acusado solo tiene que circunscribirse a lo planteado en la acusación, lo cual implica que el imputado no tiene que esgrimir «defensas preventivas» contra eventuales variaciones *in pejus* de la imputación. Por lo tanto, una de las virtudes esenciales del sistema acusatorio del enjuiciamiento penal consiste en que la acusación fija los marcos o límites del debate, en forma similar a como los hechos y pretensiones deducidos en la demanda civil establecen los linderos del proceso civil, aun cuando existan algunas excepciones a este principio en razón de que el procedimiento penal no se rige por las estrictas pautas de los principios dispositivo *(nemo iudex sine actore)* y de verdad formal, como ocurre con el procedimiento civil y por tanto, en casos excepcionales, el enjuiciamiento penal puede desbordar los marcos de la acusación original para determinar la verdad material a través de

---

[52].- Ver: CARNELUTTI, Francesco: *Lecciones sobre el Proceso Penal.* Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosh y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, Tomo I, pág. 229.

las diversas formas, fórmulas o tesis de apreciación de nuevas calificaciones jurídicas o de ampliación de los hechos.

Por tanto, en principio y como regla general casi absoluta, el tribunal al fallar no podrá rebasar los marcos del contenido de la acusación en perjuicio del procesado. Ni la parte acusadora, ni el tribunal, pueden variar el contenido fáctico de la acusación. Esto no es otra cosa que el principio de correlación entre el hecho imputado, el hecho juzgado y el hecho sentenciado, que, como fácilmente puede inferir el lector advertido, se trata simplemente de un requerimiento de seguridad jurídica y, en definitiva, del resguardo del derecho de la defensa. Este principio solo puede ser alterado cuando ocurran circunstancias extraordinarias tales como revelaciones inesperadas o pruebas sobrevenidas que pudieran tener una influencia decisiva en el proceso.

Es bueno aclarar en este estado, que la invariabilidad casi absoluta del contenido de la acusación se refiere *únicamente a los hechos,* pues de la imputación de éstos es que realmente debe defenderse el acusado y son los hechos los que pueden ser objeto de prueba y de ellos dependen la calificación jurídica del delito imputado, la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y la solicitud de sanción. Es evidente que los hechos demostrados en el juicio oral pudieran ser los mismos de la acusación, pero su calificación final puede ser distinta, más leve o más grave que la realizada por el acusador. Solo si la calificación pudiere resultar más grave, el imputado deberá ser advertido de ello.

Resulta igualmente claro que en la sentencia podrán tener cabida, sin mayor problema, cualesquiera otros hechos no previstos en la imputación, demostrados en el juicio oral, siempre y cuando tales hechos sean favorables al acusado, mas no podrán apreciarse en su contra otros delitos o faltas, si no fueron originalmente imputados por las partes acusadoras, o si el fiscal no hizo uso de los procedimientos de ampliación de la acusación.

Asimismo, el tribunal puede, sin mayores problemas, calificar los hechos de la acusación de manera más benigna que como originalmente lo hiciera el acusador.

Ahora bien, qué ocurre cuando en el curso del juicio oral aparecen revelaciones inesperadas o surgen nuevos hechos íntima e inseparablemente vinculados al hecho juzgado, que parecieran conferirle mayor gravedad que la prevista en la acusación, como podría ser la cualificación de una figura agravada del delito imputado, o la posible apreciación de una agravante genérica. Entonces, en atención al derecho a la defensa y a la igualdad entre las partes, no queda otro remedio que anular todo lo actuado, incluyendo lógicamente el acta de acusación, y reponer el proceso al estado de sumario para realizar la correspondiente instrucción suplementaria, debiendo el titular de la acusación formular nuevos cargos en el momento procesal oportuno.

Otra es la solución procesal que nos aportan los sistemas europeos continentales en el caso de que habiéndose probado los hechos de la acusación, tal y como fueron originalmente deducidos,

el tribunal considere que la calificación debe ser más grave que la realizada por el acusador o que debe imponerse al acusado una sanción más severa que la solicitada por la vindicta pública.[53]

Este caso es una de las dos situaciones donde procede la llamada «fórmula compositiva o tesis de desenganche». En la práctica introducida en España por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1886 (art. 733), la llamada «fórmula o tesis» consiste en una declaración que hace el tribunal, después de la práctica de las pruebas, y que debe constar en el acta del juicio oral, en la que, en forma sacramental, se dice:

> «Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula:
>
> "Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los procesados (o los defensores de las partes cuando fueren varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de [...] o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el No. [...] del artículo [...] del Código Penal.
>
> "Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que solo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, respecto a la aplicación de las circunstancias atenuantes.
>
> "Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el siguiente día.
>
> "También podrá usar el Tribunal esta fórmula respecto de la concurrencia de circunstancias agravantes no estimadas en la acusación, a la participación de los imputados en el delito o al concepto de éste desde el punto de vista de su consumación o no, cuando, a su juicio, de las pruebas resulte que en esos particulares ha incurrido en error la acusación y es procedente imponer una sanción más grave que la pedida en aquélla.
>
> "Igualmente podrá usar el Tribunal de esta fórmula cuando entienda que procede imponer una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal o por el querellante particular."»

---

[53].- No debe olvidar el lector que el Tribunal español o cubano sólo puede hacer uso de esta fórmula una vez concluido el debate y antes de los informes orales de las partes.

En este caso las partes tienen derecho a solicitar una suspensión del juicio por un lapso no mayor de tres días hábiles para prepararse a informar con relación a lo planteado por el tribunal, pues, en definitiva, el órgano jurisdiccional, al usar «la fórmula» lo que está pidiendo a las partes, en obsequio al derecho a la defensa y a la igualdad en el debate, es que les ilustren acerca de la cuestión planteada.

El otro caso donde procede el uso de la llamada «fórmula o tesis» es cuando, antes de los informes orales, y después de practicada las pruebas, el fiscal comunica al tribunal que renuncia al ejercicio de la acción o que retira la acusación, ya sea por estimar que el hecho no es constitutivo de delito o porque siéndolo, no hay razones para considerar responsable del mismo al acusado (no participación, inculpabilidad, excusa absolutoria, causa de justificación, etc.). En este estado, si el tribunal no comparte el parecer del fiscal en uno u otro sentido, usará «la fórmula» para pedir a la parte acusadora que explique su posición y produzca el informe correspondiente, luego de lo cual el tribunal quedará subrogado en lugar de la parte acusadora, dentro de los términos de la acusación original y estará en plena libertad de sancionar al acusado aun cuando ya no exista acusador en su contra (si al juicio oral solo ha concurrido como acusador el fiscal). Esto constituye la única excepción al principio de que no hay jurisdicción sin acción en las variantes del proceso acusatorio eurocontinentales que hemos apuntado.

Aquí es necesario aclarar dos cosas. La primera es que este uso de la fórmula o tesis solo puede producirse en los juicios por delitos puramente perseguibles de oficio o delitos públicos de acción pública. Esto se explica por sí solo, pues en los delitos de acción privada la retirada o desistimiento en el ejercicio de la acción penal equivale al perdón del presunto ofendido, y siendo la acción penal una facultad exclusiva de éste, no existe razón de orden público alguna para que el tribunal, como órgano estatal garante de dicho orden se subrogue en la acusación mediante la fórmula.

Lo segundo que es necesario aclarar aquí, es que si al producirse la retirada o desistimiento de la acusación en este tipo de proceso, el tribunal no hace uso de la fórmula, entonces tendrá irremediablemente que absolver al acusado, a menos que exista un acusador privado o un acusador popular que sostengan la acusación y la ley permita al tribunal continuar el juicio y sentenciar sobre la base de esas acusaciones, ya que existen sistemas procesales donde el desistimiento del fiscal obliga al tribunal a absolver aun cuando haya acusador privado o popular.

Igualmente es conveniente señalar que en el sistema anglosajón, a que nos referimos antes, no existe esta figura de la fórmula, por lo cual ante el desistimiento o retirada del acusador público, solo procede la plena absolución, en tanto que en los sistemas germánico y escandinavo, que son primos hermanos, la figura sucedánea de la fórmula se denomina «ampliación de la acusación» que solo puede ser usada por el fiscal para solicitar la apreciación de una mayor gravedad en los hechos cuando así resultare de la prueba practicada en juicio oral.

Particularmente consideramos que la institución de la fórmula es un magnífico instrumento de resguardo del orden público y de defensa de los intereses de víctimas y perjudicados, sobre todo un proceso donde estén limitadas las posibilidades de actuación de un acusador privado paralelo al acusador público.

4.- FORMAS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN LOS DIFERENTES TIPOS DE SISTEMAS ACUSATORIOS. FORMAS DE EJERCICIO SEGÚN EL TITULAR DE LA ACCIÓN. FORMAS SEGÚN EL MODO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

A. - SISTEMAS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL SEGÚN EL TITULAR

El ejercicio de la acción penal, básicamente en los delitos de acción pública (que son la mayoría), en las distintas variantes del proceso acusatorio, se produce a través de tres sistemas o modalidades: los sistemas absolutos, los sistemas acumulativos y los sistemas alternativos.

1.- *Los sistemas absolutos*

Los sistemas de ejercicio de la acción penal son aquellos que postulan que la persecución judicial de los delitos de acción pública corresponde exclusivamente al Estado a través de la Fiscalía o Ministerio Público, por lo cual, de no existir interés de ese órgano en la formulación de cargos en un proceso, no habrá juicio penal. Éste es el caso de los países anglosajones y quizás sea ésta la mayor de las debilidades de esos sistemas. Es por esta razón que luego de la absolución en juicio penal del actor y deportista norteamericano O.J. Simpson, los familiares de los fallecidos en el hecho que se imputaba al célebre sujeto, no teniendo otra vía para resarcirse, tuvieron que recurrir a un juicio civil para que se declarara responsable a Simpson. Ciertamente, ésta es una de las fallas más acendradas del sistema norteamericano, que ni siquiera permite a las víctimas y perjudicados ejercer recursos en el juicio penal, por lo cual tienen que recurrir a un juicio civil para intentar lograr su resarcimiento.

Por otra parte, no comprendo cómo puede declararse civilmente responsable a un sujeto, de un hecho del que ha sido anteriormente absuelto en el orden penal por no haberse probado su participación en los hechos. En nuestro sistema jurídico de estirpe romana y francesa, esto no sería posible jamás, ya que solamente podría ser condenado en juicio civil aquel sujeto que fuere absuelto en juicio penal porque los hechos a él imputados no fueren constitutivos de delito pero sí de ilícito civil o cuando aun siendo delito los hechos, el sujeto fue absuelto por una eximente o por estado de necesidad, pero nunca si mediare un veredicto de no participación, ya que quien no participó en un hecho no puede responder ni penal ni civilmente por las consecuencias de ese hecho. En realidad esta debilidad del proceso anglosajón deriva de su principal inconsistencia: el jurado de conciencia, cuyo veredicto se limita únicamente a una declaración de culpabilidad o inocencia sin motivación alguna.

En algunos países dictatoriales, como la Cuba de Fidel Castro, se modificó el sistema acumulativo que establecía la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, común con España hasta 1973, por haberla heredado al momento de la independencia y se estableció un sistema absoluto, solo atenuado por el derecho de víctimas y perjudicados de presentar recursos contra decisiones de sobreseimientos presuntamente injustificados y fallos absolutorios supuestamente benignos (Ley de Procedimiento Penal y Ley de Procedimiento Penal Militar, Leyes Nos. 5 y 7 de 1977, respectivamente).

2.- *Los sistemas acumulativos*

Los sistemas acumulativos, por su parte, son aquellos en que es posible el ejercicio simultáneo de la acción penal por diversos sujetos tales como el fiscal del Ministerio Público en representación del Estado, el acusador privado o particular como representante de víctimas y perjudicados e incluso un acusador popular en las causas de gran interés popular, tales como casos escandalosos de corrupción administrativa, fraudes bancarios masivos, etc. Sin ambages de ningún tipo, consideramos que los sistemas inspirados en esta premisa son los más democráticos de todos cuantos ha conocido la humanidad.

3.- *Los sistemas alternativos*

Los sistemas alternativos de ejercicio de la acción penal son, finalmente, aquellos en los cuales, en principio, la acción penal en los delitos públicos pertenece de manera excluyente al Estado a través de la fiscalía, pero para el caso de que ésta, por cualquier causa considerare conveniente no perseguir un hecho determinado, el tribunal de conocimiento puede ofrecer la posibilidad del ejercicio de la acción penal a los particulares perjudicados para que la ejerzan con carácter exclusivo.

En estos casos, es usual que cuando el fiscal desista de formular acusación, el Tribunal, en dependencia de la legislación concreta de que se trate, bien puede convocar a los perjudicados o víctimas para que acusen, si es que no lo han hecho ya, o bien procede a dar cuenta de la negativa del fiscal al Jefe Superior de la Fiscalía, para que ratifique la negativa u ordene a su subordinado renuente o a otro, la formulación de la acusación. Si el Fiscal superior ratificare la negativa de acusar, pues entonces el tribunal dará el curso al proceso si los perjudicados se avienen a querellarse y, de lo contrario, decretará el sobreseimiento libre de la causa.

Este proceder en el llamado sistema alternativo no debe confundirse con el procedimiento de la fórmula que ya explicamos, pues los mecanismos de conversión de la titularidad de la acción penal que establece el sistema alternativo funcionan en la fase preliminar o anterior al juicio oral, antes de que se conforme la acusación como presupuesto del proceso y por ende del juicio oral, en tanto que

la llamada «fórmula» solo procede después de que se han practicado las pruebas en el juicio oral y por tanto el acusado y su defensor han estado al tanto del desarrollo de la causa y los hechos están listos para una apreciación definitiva. En otras palabras, ya para entonces hubo proceso pleno, pues se celebró juicio oral y hay que decidirlo.

B.- SISTEMAS DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL SEGÚN EL MODO DE PROPONERLA

Otra clasificación de la forma de ejercicio de la acción penal es la que tiene como fundamento el modo de proponerla.

En este sentido, los sistemas de ejercicio de la acción penal se clasifican en puros y simples, de alternativas limitadas y de alternativas plenas.

1.- *Sistema de ejercicio puro y simple de la acción penal*

Los sistemas de ejercicio de la acción penal en forma pura y simple, son aquellos en los cuales el acusador, bien sea público (fiscal) o privado (querellante o acusador particular), solo puede proponer la acusación presentando los hechos de un solo y único modo, con una sola calificación posible y con una única pretensión punitiva. Este es el sistema que se usa en los países anglosajones, germánicos y escandinavos, así como en la mayoría de los países de Europa del Este que pertenecieron al antiguo bloque soviético o comunista.

En este sistema hay una sola y única versión de los hechos y una sola y una forma de calificación jurídica de estos.

2.- *Sistema de alternativas limitadas*

El sistema de alternativas limitadas de proposición o presentación de la acción penal es aquel en el cual el o los sujetos de la acusación pueden presentar varias alternativas sobre la forma de ocurrencia de los hechos imputados, cada una de ellas con su respectiva calificación jurídica y pretensión punitiva. Sin embargo, este sistema se llama de alternativas limitadas porque los ordenamientos jurídicos que lo establecen, obligan al sujeto titular de la acusación, una vez terminado el examen de las pruebas en el juicio oral, a escoger una sola de dichas variantes para mantenerla como único contenido de la acusación, explicando el porqué de su escogencia en el informe oral. Este sistema, que es el propio de los ordenamientos procesales penales español y cubano, supone, por tanto, la posibilidad de la formulación de un acta o escrito de conclusiones acusatorias provisionales, sobre las cuales se desarrolla el debate oral, para luego, de conformidad con el resultado probatorio del juicio oral, elevar a definitivas las que parecieren más viables para su causa.

3.- *Sistema de alternativas plenas*

Los sistemas de alternativas plenas permiten a los sujetos acusadores mantener las variantes acusatorias formuladas durante todo el proceso y sostenerlas hasta el final, dejando la escogencia al tribunal de la causa al momento de acordar la sentencia. El sistema de alternativas plenas tiene, a su vez, dos variantes:

a.- Alternativas plenas absolutas

En esta variante, los sujetos acusadores, fundamentalmente el Ministerio Público, pueden sostener dos o más tesis acusatorias con imputaciones fácticas y calificaciones jurídicas diferentes, siempre que del acervo probatorio de la fase preparatoria lo justifique; quedando la escogencia final y decisión en manos del tribunal, quien, con base a lo probado en el juicio oral, podría acoger cualquiera de las tesis acusatorias o , por el contrario, absolver.

Éste es un sistema muy poco utilizado, por cuanto no es cónsono con el derecho a la defensa y supone la inseguridad de la vindicta. Solo tenemos noticias de que se haya usado en el Código Procesal Penal de la República Popular Húngara[54]de 1957, promulgado luego de la Revolución anticomunista apalstada por la invasión soviética de 1956.

b.- Alternativas plenas subsidiarias

Según este sistema, las partes acusadoras pueden sostener una versión principal de la acusación y una o más versiones subsidiarias para el caso de que no resulten demostrados en el juicio oral los hechos y la calificación jurídica de la versión acusatoria principal. Ésta era la variante acogida por el COPP venezolano en su redacción original, en el párrafo final de su artículo 329.

5.- RELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN E IMPUTACIÓN EN EL SISTEMA ACUSATORIO

[54].- La República Popular Húngara fue la forma comunista y totalitaria que adoptó el Estado húngaro a partir de 1945, cuando las tropas soviéticas entraron en Budapest tras la derrota de la Alemania nazi y de su aliado local, el régimen autocrático húngaro del almirante Miklos Horthy. Sin embargo, en octubre y noviembre de 1956, las fuerzas liberales de la sociedad húngara, lideradas por el ex comunista Imre Nágy y por el cardenal Mindzenty proclamaron una república democrática, que fue aplastada un mes más tarde por la intervención soviética, pero que dejó como secuela una paulatina y creciente democratización de las instituciones húngaras, incluyendo el procedimiento penal, que trajeron por consecuencia que el paso de Hungría del comunismo a la democracia, en 1989, fuera, junto con la República Checa, de los menos traumáticos de Europa oriental.

Para describir la relación entre imputación y acusación, podemos utilizar esta conocida cita de Francesco Carnelutti:

> Nosotros [dice Carnelutti] llamamos imputación a la formulación de la pretensión penal. Una palabra más feliz para expresar este concepto sería acusación *(ad causam):* en el uso, sin embargo, este vocablo, como se verá, significa no tanto la proposición de la pretensión cuanto de la razón de ésta [...][55].

De tal manera, Carnelutti nos muestra, en su estilo asombrosamente simple, la relación entre imputación y acusación: la imputación es la razón, la base y el fundamento de la acusación.

Imputar en términos jurídicos, según nos enseñaba Hans Kelsen[56], es el acto humano volitivo y consciente por el cual un hecho es asociado a otro de manera tal que uno es tenido como causa del otro y, de manera inversa, el otro es tenido como consecuencia del uno. En el proceso penal la imputación consiste precisamente en atribuir a la conducta de una persona un resultado delictivo determinado. De tal manera, la imputación penal es el señalamiento de una persona concreta como comisora de una conducta punible concreta por la cual debe ser sancionado.

Ahora bien, la atribución a una persona de la comisión de un hecho delictuoso determinado, es la razón de la acusación, porque solo puede ser acusado penalmente aquel acerca de quien existan fundadas razones para suponer que ha cometido un delito. Por tanto, la imputación, entendida en su sentido estático, es decir, como mera atribución del hecho punible, es el contenido esencial de la acusación, la cual, empero, no se agota allí, sino que consta de tres elementos más, a saber, la calificación jurídica del hecho imputado, la calificación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal si las hubiere y la pretensión punitiva propiamente dicha o solicitud de una pena concreta.

Por otro lado, la imputación debe ser apreciada en su sentido dinámico, ya que para arribar a la atribución a una persona de la comisión de un delito concreto, es necesario realizar una serie de operaciones y actividades encaminadas a llegar a esa determinación. Para imputar, y consecuentemente para acusar, hay que investigar, y ése es el cometido de la fase preparatoria o sumario: preparar la imputación y fundamentar la acusación.

Imputación existe desde que se detiene a una persona o desde que se le cita a declarar como imputado o desde que se le señala mediante cualquier acto de procedimiento emanado de la autoridad penal.

---

[55].- Ver: CARNELUTTI, Francesco: *Lecciones sobre el Proceso Penal.* Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosh y Cía., Buenos Aires, 1950, Tomo I, pág. 192.

[56].- Cf.: KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1981, págs. 17-21.

Por lo menos en un sistema acusatorio consecuente la incriminación de una persona debe obedecer a razones bien fundadas que permitan luego tenerla por acusada (causa probable). Por esta razón en el sistema acusatorio existe el trámite de la instructiva de cargos como forma primaria y básica de la imputación, que existe para salvaguardar el derecho a la defensa. Sin embargo, la imputación solo se convertirá en el núcleo esencial de la acusación cuando haya en el titular de la acusación la convicción suficiente para llevar adelante la pretensión punitiva Pero, si por el contrario, en el curso de la investigación la imputación se desdibuja respecto al imputado, entonces desaparece como tal imputación sin haberse materializado en acusación y procederá entonces el archivo de la causa, su preclusión o sobreseimiento (*dismiss*).

Por esta razón, en el sistema acusatorio la acción penal, como fundamento del proceso tiene dos momentos claramente diferenciados: como imputación simple en la fase preparatoria y como acusación formal en la fase intermedia y en el juicio oral.

De todo lo dicho se sigue que la imputación existe por, para y en la acusación, y solo cuando se eleva al grado de acusación trasciende al proceso. Dicho en otras palabras, la imputación es acusación en términos de posibilidad y la acusación es imputación en términos de realidad.

6.- LA ACCIÓN PENAL PRIVADA EN EL PROCESO PENAL

La acción penal privada es aquella que solo puede ejercerse por quien sea víctima, perjudicado o agraviado por la comisión de ciertos presuntos que la ley declara qué solo pueden ser perseguidos por esas personas , en razón de un ínterés individual y no por el ministerio público o fiscalía. Por eso se les conoce como delitos de acción privada.

En este punto, la adjetividad o instrumentalidad de este procedimiento es absoluta, pues como ha quedado dicho, la aplicación de las normas procesales no depende más que de lo que la ley penal sustantiva establezca en materia de delitos de acción privada y de la voluntad de los agraviados de ejercer la acción. Por tanto, el procedimiento por delitos solo perseguibles a instancia de parte son de naturaleza absolutamente dispositiva y debe ser no solo incoado por el interesado, sino que también a él le corresponde impulsarlo.

Los delitos comúnmente considerados como delitos de acción privada son los llamados delitos contra el honor, es decir, la difamación y la injuria, aun cuando en ocasiones las leyes reconocen algunos otros como la apropiación indebida de poca monta, los daños genéricos a cosa ajena, etc., pero estas figuras siempre están sujetas a los cambios en las legislación penal sustantiva.

Debo decir, además, que hay ordenamientos jurídicos donde la acción privada ni siquiera existe, pues los delitos contra el honor y otros de naturaleza estrictamente personal, como daños a la propiedad privada, son considerados de acción pública pero de instancia privada, es decir, son

perseguidos por los órganos de persecusión del delito, pero solo si lo solicita el agraviado. En otras legislaciones, esas conductas ni siquiera son delitos y deben ser reclamadas en la jurisdicción civil.

7.- LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La acción penal, como facultad de perseguir el delito, al igual que otras muchas instituciones y figuras jurídicas, no es limitada en el tiempo, porque la sociedad no puede perseguir eternamente a los responsables de presuntos delitos, entre otras cosas, porque, entre otras cosas, nadie vive para siempre y justicia tardía ya no lo es tanto.

Por estas razones, las principales causa de extinción de la acción penal generalmente reconocidas son las siguientes:

1.- La muerte del imputado o persona por imputar.

2.- La prescripción, de acuerdo a los plazos que para ello establezca la ley sustantiva penal y siempre que no se trate de delitos declarados imprescriptibles por la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

3.- La caducidad, cuando el imputado estuviere ya a derecho y el procedimiento se hubiere paralizado sin responsabilidad de aquel, por un tiempo establecido en la ley.

4.- El perdón del ofendido, expreso o tácito, en los casos de los delitos de acción o instancia privada. Se entiende por perdón tácito toda acción que implique reconciliación o ausencia de animosidad, tales como el matrimonio, la sociedad, la inversión conjunta y la adquisición de una propiedad en común.

5.- El desistimiento de la acusación judicialmente aprobado, en cualquier caso. En el caso de la acusación pública, el desistimiento debe ser expreso y constar por escrito en las actuaciones.

6.- La amnistía, que es una institución por la cual el Estado, a través de una ley formal, declara que ciertos hechos pasados, previstos como delito en la ley penal, no serán considerados como tal. Esto beneficiará no solo a las personas no juzgadas aun por esos hechos, sino también a los que estén siendo juzgados y a los que ya estén cumpliendo condena por ellos. La amnistía elimina la persecusión, el proceso, la pena principal, las penas accesorias y la responsabilidad civil.

7.- El indulto, que es una facultad que tienen los jefes de Estado, por lo general, de perdonar la pena principal a quien hubiere sido firmemente sentenciado, pero sin eliminar las penas accesorias y la responsabilidad civil. Hay ciertas naciones en América Latina, venezuela entre ellas, que el indulto puede concederse a quien esté siendo procesado, lo cual determinará el sobreseimiento de la causa y borrará todos los rastros del proceso. No se debe confundir el indulto con la condonación de la pena de muerte, pues esto último sola significa que tran terrible sanción será sustituida por una pena de prisión.

CAPÍTULO IX
LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

1.- RELACIÓN ENTRE PRUEBA Y PROCESO

Para poder asegurar su existencia, las personas, a lo largo de sus vidas, establecen de determinadas relaciones y asumen ciertos comportamientos, en razón de los cual unas adquieren la facultad de exigir de otras un determinado comportamiento o resultan obligados a adoptar ciertas conductas a favor de otras[57].

Por siglos, la civilización humana ha ido estableciendo los modelos de conducta que considera aceptables, tanto frente a los fenómenos naturales que afectan la vida social (nacimiento, procreación, muerte, día, noche, aluviones, etc.) como a los hechos de la vida social propiamente dichos (trabajo, producción, comercio, etc.). Estos modelos de conducta están recogidos en normas coactivas que, empero, son acatadas voluntariamente por la mayoría de las personas la mayor parte del tiempo, de conformidad con leyes naturales y sociales que rigen la actitud de los seres humanos en cada época y lugar concretos. Al conjunto de normas jurídicas que regula y califica la conducta de los miembros de una sociedad determinada se le denomina ordenamiento jurídico, en tanto que a la preeminencia material, real o efectiva de los tipos de conducta previstos en el derecho positivo de cualquier comunidad políticamente organizada se le llama comúnmente orden jurídico.

Pero, al fin y al cabo, la persona humana posee un alto grado de independencia conductual (libre albedrío) respecto a cualesquiera condicionamientos naturales o sociales y puede, por actos

[57] .- Innegable profesión de fe del autor, que se funda en un pasaje muy conocido del Prólogo a la Contribución a la Crítica de la Economía Política de Carlos Marx, considerado el punto de partida de la concepción materialista de la Historia, del Estado y del Derecho.

volitivos de conveniencia, e incluso por simple omisión, dejar de lado la conducta exigida o permitida por la ley, y actuar a contrapelo de las normas, quebrantando así el orden jurídico. Es allí donde surge el conflicto, porque salvo en los casos de pérdida de validez material de las normas jurídicas, aquel quebrantamiento acarrea un conflicto entre el infractor y las personas que tenían derecho a que éste se comportara conforme a las normas jurídicas.

Pero, comoquiera que cada cabeza pensante es un mundo, o mejor dicho, una visión particular del mundo, y habida cuenta de que todo ser humano tiene sus propios y muy peculiares intereses - que a veces pugnan de manera incisiva con los de otros individuos - la vida cotidiana de cualquier sociedad supone la existencia de numerosos conflictos de intereses entre las personas, bien sea que se materialicen en enfrentamientos o reclamos de las unas directamente frente a las otras, o bien frente o a través de diversas instituciones públicas, privadas o comunitarias.

El planteamiento o exteriorización del conflicto se produce, generalmente, por medio del reclamo que el afectado suele hacer directamente al que ha quebrantado la ley en su perjuicio, con la esperanza de que aquel rectifique y obre como es debido. Pero ello no siempre ocurre, bien sea por contumacia del infractor o por que cree que no ha cometido infracción alguna y tiene el falso convencimiento de que nada debe. En este caso al reclamante no le queda otra solución que acudir a la autoridad del Estado para exigirle que restablezca lo que él entiende como la legalidad quebrantada, a través de una decisión obligatoria. Pero, y deseo que prestéis mucha atención a esto, como regla y salvo muy raras excepciones históricas, nunca será requisito obligatorio el intento de conciliación extrajudicial previa a los efectos de recurrir a la tutela coactiva del Estado.

En este mismo orden de ideas, hay violaciones tan graves del ordenamiento jurídico, que son perseguidas inmediatamente por el Estado, sin necesidad de reclamo previo de parte afectada, actuando unas veces de manera unidimensional, como juez y parte en una sola pieza (sistema inquisitivo), y otras veces desdoblado en perseguidor por una parte y árbitro por otra (sistema acusatorio).

Otras veces el ordenamiento jurídico impone estados de cosas que pueden ser voluntariamente asumidas por los seres humanos, pero que éstos, una vez que las asumen, no pueden desconocer o deshacer a su solo deseo, como es el caso del matrimonio. En estas situaciones quien desee salir de tales estados debe ocurrir ante un órgano del Estado y solicitarlo, aun cuando ello acarree una contienda con otros.

Para resolver todos esos conflictos la humanidad ha conquistado un estadio de desarrollo que implica que todo modelo de conducta exigible coactivamente debe ser establecida o reconocida por el Estado a través de normas jurídicas, y que la solución de los conflictos generados por la inobservancia de dichas normas debe llevarse a cabo con la intervención directa o indirecta del Estado a través de trámites regulados por la ley. En esto reside la esencia de la

jurisdicción y del proceso e incluso de las llamadas formas alternativas de solución de los conflictos, que siempre tributan, en última instancia, en la ley.

El proceso jurisdiccional es pues, el conjunto de actos que deben realizarse de conformidad con la ley para obtener la restitución del orden jurídico quebrantado, cuando algún particular así lo reclame o cuando lo decidan los funcionarios del Estado por iniciativa propia, en los casos en que la ley lo permita.

Ahora bien, el desarrollo del proceso jurisdiccional como medio para dirimir conflictos ha transitado un largo y tortuoso camino desde los albores de la civilización hasta hoy, pues no siempre las partes estuvieron en pie de igualdad, ni existieron siempre reglas claras acerca de las oportunidades para realizar los distintos actos procesales. El gran logro de la humanidad en este campo ha consistido en hacer del proceso un instrumento medianamente fiable y predecible en apoyo del orden social, aunque hay que reconocer que aun hay mucho trecho por andar en un camino infinito por definición.

Pero, el proceso es ante todo un instrumento de conocimiento, pues el órgano jurisdiccional no conoce las particularidades del conflicto que se somete a su consideración, y de ahí la necesidad de la prueba; esa herramienta de que se valen las partes para tratar de hacer convicción en los jueces.

Sin embargo, los conflictos que se canalizan a través del proceso jurisdiccional no siempre están signados por la necesidad de prueba. En este sentido no debemos olvidar que los asuntos que constituyen el objeto del proceso jurisdiccional son de dos tipos:

a.- Los conflictos directos o de hecho; y

b.- Los conflictos indirectos o de mero derecho.

Los conflictos directos o de hecho son aquellos que se originan a partir de la disputa sobre la existencia, contenido y alcance de hechos, naturales o humanos, de los cuales pueden derivarse consecuencias jurídicas, tales como el nacimiento o la extinción de un de un crédito, de un derecho real, o la responsabilidad penal de un sujeto.

En cambio, los conflictos indirectos o de mero derecho son controversias sobre posibles colisiones entre los supuestos de hecho y las consecuencias de diversas normas jurídicas, bien sean de igual o de diverso rango.

Los conflictos de hecho se denominan directos, porque en ellos la controversia versa directamente sobre la consecuencia jurídica de acontecimientos naturales o humanos ya ocurridos (hechos pasados) y que constituyen su sustento, en tanto que los conflictos de mero derecho se califican como indirectos, porque la controversia versa sobre la calificación y consecuencias jurídicas de hechos futuros que probablemente se subsumirán en esas normas.

Cuando el proceso tiene por objeto un conflicto indirecto o de mero derecho, entonces allí no habrá hechos que discutir ni que analizar, sino mera comparación de normas y, por tanto,

allí no hay lugar para pruebas. Este tipo de proceso no es un verdadero proceso jurisdiccional sino un proceso de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

Pero cuando el objeto del proceso es un conflicto derivado de hechos pasados, entonces el proceso no solo es instrumento de orden social sino también un instrumento de conocimiento, ya que el órgano jurisdiccional llamado a resolverlo no conoce previamente los hechos sobre los que tiene que pronunciarse, por lo cual tiene que conocerlos a través del proceso mismo. Por ello, quien inicie el proceso tiene la obligación de expresar cuáles son los hechos que sirven de base a su reclamación y tiene, en principio, la carga de probarlos, en tanto que quien resulte sujeto destinatario de la reclamación tiene el derecho a manifestar su opinión respecto a los hechos que se le oponen, bien sea negándolos total o parcialmente, aceptándolos de forma total o parcial, modificándolos o refutándolos mediante el alegato de otros hechos, que deberá probar.

No basta, pues, que los hechos sean alegados en el proceso, sino que deben ser probados. Pero al mismo tiempo, la forma en que los hechos sean alegados será de decisiva importancia en su ulterior prueba. De tal manera, alegar y probar los hechos es la dupla esencial del proceso jurisdiccional.

De la forma en que se aleguen los hechos depende su correcta fijación en el proceso, es decir el establecimiento adecuado de su objeto (del proceso) y de ello depende igualmente la fijación del objeto de la prueba, es decir aquel hecho concreto que se persigue probar con determinado medio de convicción (*thema probandum*).

Y es que probar en el proceso jurisdiccional es justamente hacer convicción no solo en el juez, sino en nosotros mismos como parte, en la contraparte y en la opinión pública, acerca de la certeza de los hechos que alegamos en el proceso.

Pero, es raro que un proceso verse sobre un solo hecho pues, generalmente, junto al hecho central del debate (el acusado mató, el demandado no pagó, etc.) existe un conjunto de hechos accesorios o concomitantes, de cuya acreditación depende la obtención de certeza sobre el hecho principal o central. Y no todos los hechos que se debaten en un proceso jurisdiccional necesitan ser probados, pues algunos son de dominio público o de conocimiento general y otros son admitidos por la contraparte o simplemente no son contradichos o negados.

Por otra parte, el desarrollo de las formas procesales a través del tiempo y de las vicisitudes de la sociedades, fue modificando los temas en torno a la prueba en los procesos judiciales y de hecho fueron variando las respuestas que se daban a preguntas tales como ¿quién debe probar? ¿cuándo? ¿cómo? ¿por qué medios?. En esto tuvo y tiene mucho que ver el desarrollo mismo de las posibilidades cognoscitivas del ser humano, pues de las formas mágico-legales y místico-religiosas se fue pasando a la crítica racional y a la valoración científica de los medios probatorios, y del formalismo rígido se ha ido transitando hacia la amplitud en el criterio del juzgador.

Cómo lo reconocen los más encumbrados estudiosos del fenómeno de la prueba en los procesos jurisdiccionales, la función de la prueba en estos procesos es eminentemente reconstructiva e histórica, pues las partes y sus representantes deben reproducir los hechos pasados en que se funda el conflicto que es objeto del proceso, a través de las probanzas.

Todas estas situaciones, decantadas y perfiladas por el transcurso de los años y por los avatares del desarrollo de la humanidad han dado lugar a la aparición de una teoría de la prueba judicial, dotada de un objeto y terminología propios y con muy definidas posiciones sobre quién, como y cuándo debe probar, sobre qué debe ser probado y sobre que el probar es un deber y al mismo tiempo un derecho. Sobre este punto el maestro Hernando Devis Echandía ha afirmado y con mucha razón:

> "Creemos que las pruebas judiciales han adquirido una suficiente madurez, como para que las inevitables divergencias legislativas influyan, apenas en una mínima proporción, en sus principios generales y en el criterio que debe orientar a los jueces y abogados de todos los países, lo mismo para determinar la proposición y práctica de los distintos medios de los distintos medios, que para su apreciación o valoración, cualquiera que sea la clase de proceso (civil, penal , laboral, comercial contencioso administrativo, fiscal, etc.)."[58]

Resulta evidente el hecho de que solo la ciencia jurídica ha desarrollado una teoría completa de la prueba y un conjunto profuso de reglas al respecto, a pesar que probar es una necesidad en otras muchas ciencias y en infinidad de actividades de la vida cotidiana. La causa de ello es a nuestro juicio sencilla y evidente y consiste en el carácter contencioso del proceso jurisdiccional, pues no resulta lo mismo probar lo que perjudica directamente a otro, en los marcos de una actuación reglada que obliga a respetar el derecho de aquél a la contradicción de la prueba y que fuerza probar dentro de ciertos límites y lapsos, que probar algo en cualesquiera otras circunstancias, sin árbitros, sin límites y donde las reglas de valoración las impone o sugiere el mismo sujeto que intenta probar y los destinatarios de la prueba (el público en general) no tienen obligación de pronunciarse sobre si consideran el asunto probado o no.

Para poner un ejemplo extremo y nada pacífico de lo que afirmamos, tomemos el siguiente. Cuando los investigadores médicos quisieron probar que el fumar podía provocar cáncer nadie pudo evitarlo. El resultado de las investigaciones que se hicieron al respecto se dieron a conocer en una serie de congresos médicos en la década de los años sesenta del siglo

---

[58] .- Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. 4ta Edición. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1993, Tomo I p. 7.

XX y fue suficientemente propagado por la Organización Mundial de la Salud. La prueba de este hecho no solo consistía en estudios estadísticos sobre la frecuencia de casos de cáncer de pulmón entre fumadores, sino también en estudios acerca de los efectos físico-químicos de la nicotina, el alquitrán, el mentol y otras sustancias contenidas en los cigarrillos, sobre las células que componen los órganos de los aparatos respiratorio y digestivo. Es del dominio público, que ya para la década siguiente, existía la convicción generalizada de que el hábito de fumar puede provocar cáncer, a pesar de los enormes esfuerzos de las empresas tabacaleras para convencer al público de que la relación entre una cosa y otra no era automática ni fatal. En estas campañas las empresas del tabaco han venido gastando enormes sumas de dinero y todavía el hábito de fumar es presentado como distintivo de personas osadas y exitosas.

Por ello, a pesar de los grandes esfuerzos en la lucha antitabáquica y de las restricciones legales impuestas a las compañías tabacaleras y a los propios fumadores, todavía a principios del siglo XXI, las ventas de cigarrillos y por ende las ganancias de las tabacaleras son enormes.

Ahora bien, si hoy es un hecho aceptado, casi como notorio, verdad lapidaria o axioma, que el hábito de fumar puede producir cáncer de pulmón, otra cosa muy distinta ha sido el tratar de probar la responsabilidad jurídica de las compañías tabacaleras en los casos concretos de cáncer de pulmón tratados por los sistemas de salud de algunos Estados de la Unión Americana y de algunas Repúblicas latinoamericanas, incluida Venezuela, en una serie de procesos judiciales iniciados en tribunales de los Estados Unidos a partir de 1995. En estos procesos y por separado, los Estados de la Unión y algunas Repúblicas de América Latina, representadas por abogados norteamericanos, establecieron demandas contra Reynolds Tobbacco, Phillip Morris y British-American y otras compañías cigarreras, a fin de que éstas les resarcieran los gastos ocasionados por la atención de personas fumadoras que adolecían de cáncer. Aquí la situación fue absolutamente diferente, pues si bien casi todas estas demandas, seguidas ante tribunales de jurado popular, fueron declaradas con lugar en primera instancia, muchos de esos fallos han sido revocados en segunda instancia, porque las tabacaleras pudieron demostrar que en los juicios de primera instancia no se obligó a los demandantes a probar la relación de causalidad entre el cáncer que sufrían las personas atendidas por los sistemas de salud pública y el consumo de tabaco, como requisito indispensable para establecer la responsabilidad civil de las empresas tabacaleras.

Como se aprecia de los ejemplos anteriores, la prueba en un proceso judicial, por su trascendencia inmediata a la esfera de intereses de las partes, está sujeta a exigencias y regulaciones que difícilmente se presentaran cuando haya necesidad de probar algo fuera de esas condiciones.

Por esas mismas razones, si bien es indiscutible que aun en el campo del derecho existe la necesidad de la prueba extrajudicial entre particulares, es decir fuera de un proceso jurisdiccional, la admisión, la práctica y la valoración de esa prueba estará fuera de toda regla

coactiva y de toda actividad contradictoria regida por un tercero superordenador. Por eso aun contra las afirmaciones de renombrados maestros de la ciencia probatoria, seguiremos sosteniendo que la prueba en derecho es un asunto esencialmente procesal, pues incluso las reglas sobre las que se le puede apreciar de manera extrajudicial son aquellas que se han formado en el proceso. No en balde Devis Echandía, quien considera que la prueba en derecho no es necesariamente un tema procesal[59], siempre habla en sus obras de "la prueba judicial" y a ella están encaminados todos sus estudios.

De tal manera, la relación entre prueba y proceso no solo estriba en que la prueba es el elemento esencial del proceso en tanto éste es instrumento de conocimiento y decisión de conflictos, sino también en que el proceso jurisdiccional, por sus características de contención reglada con vocación de igualdad y equilibrio entre las partes, ha generado todas las reglas que gobiernan la prueba.

2.- EL DERECHO PROBATORIO

La necesidad de probar dentro y fuera del derecho, así como ya en el campo estrictamente jurídico, dentro y fuera del proceso, ha generado un conjunto de normas jurídicas que regulan los diversos aspectos de esa necesidad, tales como la oportunidad en qué deben presentarse las pruebas, ante quién, etc.

Ese conjunto de normas jurídicas y de principios que regulan la promoción, admisión, incorporación, práctica y valoración de los distintos tipos de medios de prueba a los efectos de hacer fe ante otros de determinados hechos, es lo que llamamos *derecho probatorio*.

Visto así el concepto, resulta evidente que el derecho probatorio rebasa los marcos del proceso, pues nadie duda que quien desee, por ejemplo, optar por un cargo público para el cual se exijan determinados requisitos de capacidad o de educación, deberá probar, en sede extraprocesal y ante la autoridad llamada a realizar el nombramiento, que cumple tales requisitos, como tampoco nadie dudará que quien pretenda haber establecido un récord mundial y quiera ser reconocido en el Libro Guiness, deberá probarlo.

Sin embargo, como ya hemos repetido hasta el cansancio, es en el proceso jurisdiccional donde adquieren mayor coherencia, organicidad y relevancia las normas que regulan los diversos aspectos del fenómeno probatorio, por lo cual, cuando de derecho probatorio hablamos, nos referimos ante todo al *derecho probatorio procesal*, al que definimos como el conjunto de normas que regulan el derecho a probar en el proceso, el derecho a oponerse a la prueba de la contraparte,

[59] .- Devis Echandía, Hernando. Ob. cit. Tomo I, pp. 10-11.

las consecuencias del no probar, así como la oportunidad y la forma para probar y el modo de valorar la prueba.

A.- FUENTES DEL DERECHO PROBATORIO

La fuente principal del derecho probatorio son las leyes de procedimiento, pero sus normas no están siempre contenidas en las leyes procesales, sino en otras leyes, en la Constitución y en los Tratados suscritos y ratificados por los Estados, que pasan a formar parte de su derecho interno. El ejemplo más conocido en este punto es el conjunto de normas sobre prueba de las obligaciones que aparece en la mayoría de los Códigos Civiles que siguieron las huellas del Código Civil francés de 1804. Esas normas, si bien pueden ser usadas para convencer, de manera extrajudicial, a un heredero que debe pagar una deuda contraída por su causante, su destinatario final será el juez y así fueron concebidas, pues es bien sabido que Pothier[60] las incluyó en sus trabajos, que luego formarían parte del Código Civil francés, porque para la fecha en que esos trabajos fueron publicados, es decir hacia mediados del siglo XVIII, no había Código de Procedimiento Civil y las normas procesales eran aun dispersas.

Sobre este punto es muy ilustrativa la expresión del jurista venezolano Emilio Pittier Sucre en la presentación del número inaugural de la Revista de Derecho Probatorio de Venezuela, cuando dijo:

> "Ningún sentido tiene el estudio separado de las normas contenidas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, como tradicionalmente se había hecho, por cuanto es indispensable un conocimiento integral de los principios y de las normas que rigen la prueba para una adecuada comprensión de sus diversos aspectos. Los medios probatorios tienen al Juez como destinatario final, aun cuando surtan efectos fuera del proceso, por lo cual es indispensable tomar en consideración los principios del Derecho Procesal que rigen la prueba para comprender cabalmente los requisitos que debe llenar cada medio probatorio en particular."[61]

[60] .- Robert Joseph Pothier, jurista francés nacido en Orleáns en 1669 y muerto en París en 1772, es una de las más altas cumbres del pensamiento jurídico universal. Sus profundas investigaciones acerca de las fuentes romanas y romanísticas del derecho civil y sus trabajos sobre la sistematización del derecho civil francés, constituyeron la base del Code Civil francaise de 1804, también denominado Código Napoleón, cuya huella en el derecho civil es simplemente imperecedera.

[61] .- Ver: Sucre Pittier, Emilio. La importancia del Derecho Probatorio. En Revista de Derecho Probatorio No. 1, Editorial Jurídica ALVA, Caracas, 1992, p. 7.

Las normas de derecho probatorio se encuentran también en la Constitución, en la cual, de ordinario, hallamos disposiciones que aseguran el derecho de los ciudadanos a ser oídos en los diversos tipos de procesos, lo cual debe entenderse como la consagración del derecho subjetivo constitucional a probar aquello que nos beneficia. Este derecho a ser oídos debe entenderse no solo como derecho al alegato, sino a su prueba, pues lo uno de nada valdría sin lo otro y así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional de innumerables países.

Los tratados y las leyes especiales suelen también contener normas en materia de prueba. En los tratados internacionales en materia de derechos humanos están contenidas una serie de reglas negativas de prueba, es decir un conjunto de normas que prohíben la obtención de evidencia incriminatoria mediante violencia, tortura u otros métodos ilegales. Asimismo esos tratados contienen normas en materia del debido proceso, que consagran el derecho a probar y a conocer las pruebas de la imputación. También existen numerosos tratados y convenios internacionales que establecen normas de cooperación internacional en materia de pruebas civiles y mercantiles e incluso normas de valoración uniforme de pruebas. Las leyes especiales, por su parte, suelen establecer ciertas normas de prueba respecto a la materia que constituyen su objeto de regulación. Así, por ejemplo, en los tiempos actuales, donde imperan el narcotráfico las leyes bancarias suelen establecer la exigencia de que los depositantes que realicen operaciones con gran cantidad de efectivo demuestren la licitud de su procedencia, lo cual muchas veces termina sirviendo como indicio en procesos penales. Otras veces, las leyes que regulan ciertos servicios públicos, sobre todos los de suministro continuo, tales como electricidad, agua, gas o teléfono, contienen normas probatorias generalmente referentes a la manera de demostrar la solvencia de los usuarios. ¿Quién de nosotros no ha leído en esas facturas la advertencia acerca de que “el pago de esta factura no demuestra el pago de otras anteriores”? Claro que a esta advertencia siempre podrá oponerse la noción indiciaria de que la falta de suspensión del servicio luego de cierto tiempo es prueba de que se pagó oportunamente.

De tal manera, si bien la fuente usual de la norma probatoria es la ley procesal, las reglas en esa materia pueden perfectamente encontrarse en otros cuerpos legales y estar destinadas a materializar la probanza fuera del proceso jurisdiccional, aun cuando todo destino final de la prueba sobre la existencia y efectos de los actos y negocios jurídicos sea el proceso.

B.- CONTENIDO DEL DERECHO PROBATORIO

El contenido del derecho probatorio abarca dos tipos de normas claramente diferenciadas por su cometido: las normas procesales probatorias y las normas sustantivas probatorias.

Las normas procesales probatorias son aquellas que nos indican cuándo, cómo y donde probar, es decir, son las normas que regulan en qué momento incorporar los medios probatorios

al proceso, cuáles son los medios admisibles en el proceso y cuándo debe decidirse al respecto, cuándo oponerse o contradecir la prueba de la contraparte y cómo y cuándo debe incorporarse o practicarse cada medio específico de prueba en el proceso.

Las normas sustantivas probatorias son las que establecen el valor intrínseco o mérito de una prueba en el proceso. Por tanto, la normas sustantivas en materia de prueba están estrechamente ligadas al sistema de prueba legal y a las distintas formas de tarifado o tasado de la prueba. El mejor ejemplo de lo que decimos son las normas que generalmente aparecen en las leyes de procedimiento civil, en las que se expresa que la existencia de las obligaciones no puede probarse con testigos más allá de cierta cuantía y que se corresponden con otras normas de la legislación civil sustantiva que requieren la forma escrita para ciertos contratos. También son normas sustantivas probatorias aquellas históricas y muy conocidas, según las cuales dos testigos hábiles y contestes hacen plena prueba contra el reo en el proceso penal y a confesión de parte relevo de pruebas.

Como fácilmente comprobará el lector, en la medida en que nos adentramos en los sistemas de libre valoración de la prueba, las tarifas van cediendo y las reglas de valoración de la probanza se van desplazando desde el terreno del derecho a los predios de la razón, la lógica, las máximas de experiencia y la ciencia. Sin embargo, si bien la tendencia dominante a nivel mundial es el tránsito indetenible del proceso penal hacia el sistema de prueba libre, no pareciera probable, que en materia civil, mercantil, administrativa o laboral, las tarifas legales de la prueba puedan desaparecer en un futuro previsible, pues ellas son la base de la preconstitución de la prueba en esas ramas del derecho, y sin dicha preconstitución difícilmente serían concebibles hoy los negocios financieros, inmobiliarios, societarios, los convenios colectivos laborales, los contratos de obras públicas, etc., por elementales razones de seguridad jurídica. El sistema de prueba libre jugará todavía un papel complementario en los procesos dispositivos por muchos años, limitado básicamente a la apreciación de las pruebas pericial, testifical e indiciaria.

La presencia en el derecho probatorio de normas adjetivas y de normas sustantivas ha suscitado severas polémicas acerca de su naturaleza, y algunos dicen que el derecho probatorio es exclusivamente procesal, otros afirman que es exclusivamente material o sustantivo, otros dicen que todas sus normas tienen un carácter mixto, en tanto que otros opinan que está formado por normas de uno u otro carácter. Esta es, a nuestro juicio, una polémica absolutamente estéril muy propia del occidente "spengleriano"[62], pues es una verdad de Perogrullo que en el derecho probatorio existen normas de dos tipos; adjetivas y sustantivas, como también es cierto y comprobable que las normas sustantivas de prueba (preconstitución) pueden valer fuera del

[62] .- Se refiere a la obra del filósofo y sociólogo alemán Oswald Spengler (1880-1936) "La decadencia de Occidente", en la que este autor, discípulo de Friedrich Nietzche, muestra lo que a su juicio son las causas de la decadencia de la civilización occidental cristiana.

proceso. Tal es el caso del acreedor del finado que prueba su acreencia ante el administrador de la herencia mediante documento auténtico, a fin de que le pague.

Sin embargo, en el caso anterior es igualmente cierto, que el administrador se pronunciará cuando quiera y que dará al documento que se le presenta el valor que estime conveniente, sin explicación alguna, por cuanto fuera del proceso no hay normas que regulen la oportunidad en que el destinatario de la prueba debe pronunciarse, ni reglas de cómo debe hacerlo.

De tal manera, la dimensión obligatoria de las normas sustantivas de prueba se revela solo en el proceso y a través de las normas adjetivas de prueba, que son normas estrictamente procesales. Por ello mismo, el destinatario último de la prueba, sea de manera directa o indirecta, es el órgano jurisdiccional. Fuera de toda disquisición filosófica tendiente a sublimar el camino ascendente de la prueba hacia la razón, la certeza o la verdad, la prueba en derecho es, al final de ese largo viaje, un asunto procesal, y toda prueba preconstituida tendrá siempre en la mira un potencial conflicto que habría que resolver en un proceso jurisdiccional. Es más, si no existiese el proceso como modo de dirimir los conflictos que suscita la aplicación del derecho, jamás habrían surgido normas sobre prueba judicial, ni este libro, así como tampoco los otros miles que le precedieron, ni los miles que le sucederán.

Por otra parte, debemos decir que la sustantividad o adjetividad de una norma de derecho probatorio no depende de que se encuentre inserta en un cuerpo normativo de naturaleza sustantiva o adjetiva, sino estrictamente del contenido normativo del precepto. De tal manera, la norma del artículo 261 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano, que establecía que dos testigos presenciales, hábiles y contestes, hacían plena prueba de la materia sobre la que recaía su testimonio, era una norma sustantiva de prueba a pesar de formar parte de un ordenamiento procesal o adjetivo, en tanto que el artículo 1.354 del Código Civil venezolano, según el cual quien pida la ejecución de una obligación debe probarla y quien pretenda haber sido libertado de ella debe probar el pago o la extinción de la obligación, es una norma adjetiva de prueba, pues se refiere a un reparto de la carga de la prueba, que es un asunto eminentemente procesal, aun cuando esa norma está inserta en un cuerpo de derecho civil sustantivo.

Finalmente, es necesario destacar que el derecho probatorio es una unidad en cualquier ordenamiento jurídico y sus normas deben aplicarse en consonancia con la naturaleza de las relaciones jurídicas que están llamadas a regular. Siendo esto así, las normas de derecho probatorio conservaran su eficacia respecto a las situaciones que son su contenido natural, aunque el marco donde deban emplearse sea absolutamente diverso de aquel que les dio origen.

En este orden de ideas, tenemos que la existencia de un contrato de seguro de vida en un proceso penal, tenido como móvil de un homicidio, debe ser probado con la respectiva póliza[63],

[63] .- El artículo 549 del Código de Comercio venezolano, vigente a la fecha de edición de este libro, establece que el contrato de seguro se perfecciona y prueba mediante un documento, que puede ser público o privado,

pues aun cuando se esté dentro de los marcos de un sistema de prueba libre, el presupuesto de esa libertad probatoria se refiere al núcleo esencial del proceso penal: la responsabilidad penal, pero no a cuestiones colaterales de índole civil o mercantil, donde la ley no permite otros medios probatorios, en razón de la existencia de normas legales expresas que exigen que un determinado hecho, en este caso, la existencia del contrato de seguro, debe probarse por medios específicos[64].

La situación es bien clara, pues allí donde la ley, cualquiera sea ésta, disponga la obligatoriedad de un medio de prueba para determinados hechos, la libertad de prueba cede, con la excepción, claro está de la prueba en contrario, que quedará entonces sometida a la libertad probatoria.

C.- LA TRASVASABILIDAD DE LAS NORMAS DEL DERECHO PROBATORIO

La *trasvasabilidad de las normas jurídicas* es una de las dos formas esenciales de afirmación de la unidad de propósito (integración) del ordenamiento jurídico que corresponden a la actividad de los tribunales de justicia como sujetos activos de un sistema de órganos estatales – el Poder Judicial – cuya misión es mantenerle orden jurídico. La otra forma en este sentido, es el control difuso de la constitucionalidad.

El control difuso de la constitucionalidad es la facultad o prerrogativa que tienen todos los jueces y tribunales de un Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias, de declarar inaplicables a un caso concreto que se encuentren conociendo, aquellas normas jurídicas de rango legal o sublegal que colidan con las regulaciones y principios constitucionales, los cuales deberán ser aplicados de manera preferente, en todo caso. En el sistema venezolano de control de la constitucionalidad, las decisiones adoptadas en uso del control difuso, no tienen validez general o *erga omnes*, sino que solamente tienen efecto en el proceso donde se dictan[65].

---

llamado póliza. Por tanto este artículo es una norma sustantiva de prueba, que vale para todo el ordenamiento jurídico venezolano. Por tanto, en nuestro proceso penal, cualquier aseveración de las partes acusadoras acerca de que la existencia de un contrato de seguro de vida, suscrito por la víctima a favor del imputado, fue el móvil del homicidio, tiene que ser probado mediante la traída al proceso de la póliza respectiva, cuyo documento contentivo, quedará expuesto, lógicamente, al control y contradicción de la parte contraria.

[64] .- Esta situación, que tanto ha preocupado a los estudiosos de la prueba como categoría especial en el derecho, está perfectamente resuelta en el artículo 182 del Código Orgánico Procesal Penal, cuando expresa que:

> "Artículo 182.- Salvo previsión expresa en contrario de la ley, se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba, incorporado conforme a las disposiciones de este Código y que no esté expresamente prohibido por la ley." (Negritas nuestras).

[65] .- El ordenamiento jurídico de cada Estado, tiene algún tipo de sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, de los actos administrativos y de gobierno, así como de las actuaciones meramente fácticas (vías de hecho) de las autoridades y de los particulares. Los sistemas de control de constitucionalidad son básicamente

La trasvasabilidad de las normas jurídicas es otra forma depuradora del ordenamiento jurídico, pero, a diferencia del control difuso, no supone la desaplicación de una norma en favor o con base en una norma constitucional, sino a favor de otra norma legal de igual rango, "importada" desde otro cuerpo legal, pero cuyos supuestos de hechos sean más cónsonos con la naturaleza del asunto que se encuentre conociendo el juez o tribunal respectivo. Esta trasvasabilidad de las normas, al igual que el control difuso, solo tiene validez en el proceso concreto en que se declara.

Sin embargo, la trasvasabilidad de las normas jurídicas no es una forma de analogía ni de aplicación supletoria, pues estas modalidades de integración del derecho solo pueden entrar en juego cuando las que se pretende aplicar no están previstas para supuestos específicos y concretos dentro del proceso en cuestión. La trasvasabilidad de la normas jurídicas, en cambio, es una forma de derogación singular de una regla legal, cuyo supuesto de hecho y consecuencia jurídica están previstos para el caso en disputa, pero cuya aplicación se sustituye por la de otra norma de igual rango, pero más cónsona con la naturaleza de los hechos a los que debe ser aplicada de conformidad con los principios del orden jurídico prevaleciente.

En materia de pruebas, esta situación es perfectamente posible, pues las normas del derecho probatorio que regulan una situación de determinada manera en un ordenamiento procesal, pueden ser aplicadas a otras situaciones similares en procesos de la misma naturaleza, pero regidos por otro ordenamiento procesal, siempre y cuando esa aplicación sustitutiva o trasvasada no desnaturalice la esencia del referido orden procesal.

Por supuesto, que la trasvasabilidad de las normas jurídicas no es asunto pacífico, pues ante todo y sobre todo, la comprensión de ese fenómeno solo es posible bajo auténticas condiciones de independencia del poder judicial, con predominio de magistrados cultos, dotados de temperamentos mesurados y sobrios y con aspiraciones de alcanzar la auténtica sabiduría, es decir, la arista filosófica del problema. El pequeño granuja, a quien el oficio público solo le anima por la búsqueda del provento vil, disminuido además por su visión estrechamente positivista y formal del derecho, no podrá ver jamás el conjunto de principios generales que existe más allá del velo de las normas concretas, y que son el sustrato universal del pensamiento jurídico racional, base de toda integración del derecho[66].

---

dos: el legislativo y el judicial. En el sistema legislativo el control de la constitucional corresponde al Parlamento, el cual, en sesión plenaria o en sus diversas comisiones, debe decidir al respecto. En el sistema judicial, el control de la constitucionalidad corresponde a los tribunales. El sistema judicial de control de la constitucionalidad tiene también dos tipos esenciales: el concentrado y el difuminado. El sistema concentrado supone que dicho control corresponde a un único tribunal, generalmente denominado Tribunal Constitucional. El sistema difuso o difuminado implica la existencia de múltiples tribunales con competencia constitucional.

[66] .- Ver: Alexy, Robert. El concepto y la validez del derecho. Gedisa Editorial. Barcelona 1997. pp. 159-177.

3.- LA ACTIVIDAD PROBATORIA

La actividad probatoria es el conjunto de actos procesales destinados a la búsqueda, proposición, incorporación, evaluación, admisión, práctica y valoración de la pruebas y por ello dicha actividad constituye el objeto fundamental de regulación del derecho probatorio y el núcleo esencial de toda la actividad procesal. Por esta razón, la actividad probatoria es un asunto eminentemente práctico donde debe ponerse a prueba las habilidades de los abogados, sus capacidades perceptivas, su diligencia y su preparación teórica.

La regulación de la actividad probatoria mediante normas de derecho es lo que distingue a la prueba en el proceso jurisdiccional de cualquier otra forma de proceso probatorio en cualquier otra rama de la actividad humana, en los cuáles no existen medios específicos a través de los cuales se deba probar, ni lapsos preclusivos ni mucho menos reglas que determinen el efecto de no probar (reglas de carga de la prueba).

Las interrogantes fundamentales que entraña la actividad probatoria son: ¿qué debe ser probado? ¿por quien? ¿cómo? y ¿cuándo? y ¿dónde?. Pero es sabido que a través del tiempo y siempre en consonancia con el desarrollo económico y espiritual de los pueblos, los ordenamientos procesales han dado diversas respuestas a estas interrogantes. En la antigüedad o en medioevo hubo situaciones en las cuales un plebeyo que resultara objeto de una demanda por un noble, tenía que probar su inocencia o la inexistencia de la obligación que se le reclamaba. Pero el desarrollo del capitalismo y la ampliación de esa medida de todas las cosas que se llama mercado, tan idolatrado por algunos y vituperado por otros, condujeron a la igualdad formal de los hombres ante la ley y de ahí al principio procesal de que quien alegara contra otro tenía la carga de probar su alegación. Surge así el concepto de carga de la prueba, que fue siendo perfeccionado paulatinamente a través de los siglos, hasta conducir a los siguientes postulados teóricos esenciales:

1°.- No todos los hechos alegados en un proceso concreto *necesitan* ser probados, lo cual no quiere decir que esos hechos, como acontecimientos naturales o volitivos no puedan ser objeto de prueba en general o en otros procesos;

2°.- En el proceso regido por el principio dispositivo (civil, mercantil, etc.) el silencio del demandado respecto a los hechos de la demanda y la falta de probanza a su favor, pueden acarrearle que se le considere confeso por falta de contradicción (confesión ficta);

3°.- En el proceso penal acusatorio, la carga de la prueba se pone en cabeza del titular de la acción penal.

En cuanto al primer punto, la doctrina es unánime en considerar que hay hechos respecto de los cuales no es necesario que sean objeto de actividad probatoria alguna, pues su sola alegación los acredita cómo válidos en el proceso en razón de ser del dominio público o estar en la experiencia colectiva. Este es el caso de los llamados hechos notorios o sus equivalentes teóricos. También se excluyen de la necesidad de prueba los hechos confesados, los admitidos o los no controvertidos o no contradichos, pero esto último solo rige para los procesos dispositivos y nunca para el proceso penal acusatorio.

No obstante lo anterior, los hechos confesados, admitidos, o simplemente no controvertidos, por cualquiera de los litigantes, estarán exentos de prueba en ese proceso concreto, pero si esos mismo hechos fueren opuestos a otros sujetos distintos en otros procesos, y dichos sujetos los rechazaren, entonces esos hechos, siendo sustancialmente los mismos, deberán entonces ser probados.

Precisamente, la consideración de que los hechos no contradichos puedan ser dados por probados sin necesidad de actividad probatoria por el alegante, llevó a la concepción de la confesión ficta (ficción de derecho), según la cual, aquel que no ha negado lo que se le alega u opone, ni ha probado hecho alguno que pueda desvirtuarlo, es declarado confeso y vencido en el proceso. Es precisamente esta circunstancia la que condujo a la elaboración de un conjunto de reglas, destinadas a orientar la decisión del juez en el caso de ausencia total de actividad probatoria de las partes, a fin de evitar la absolución de la instancia o el *non liquet* (empate o tablas) en el proceso. A esto es lo que se alude en el 2° punto antes referido.

Así, por ejemplo, se han desarrollado reglas para determinar, a falta de pruebas convincentes, que si el demandado niega genéricamente los hechos de la demanda (*infitatio* o negación indeterminada) entonces toda la carga de la prueba recae en cabeza del demandante, de manera tal, que si no prueba sus asertos, se declararía sin lugar la demanda. Pero si el demandado legalmente citado, ni niega, ni afirma, ni prueba, se le tendrá por confeso aun cuando el demandante no haya probado, siempre que la pretensión no sea contraria al derecho, el orden público o las buenas costumbres. Igualmente puede declararse con lugar la demanda si el demandado reconoce que existió el contrato de que habla el demandante pero niega o guarda silencio sobre el incumplimiento que se le enrostra, sin probar nada a su favor. Esta manera de manejar la carga de la prueba, que dicho sea de paso nunca aparece suficientemente especificada en los códigos procesales civiles y que es más que todo una construcción doctrinal, transforma las normas sobre dicha carga en reglas para resolver el juicio.

Es claro que tales reglas, de muy difícil manejo para el juez profesional con deficiente preparación técnica e inalcanzables para el lego, solo pueden tener cabida en un sistema dispositivo, sobre la base de que quien renuncia a contradecir y a probar estaría tácitamente disponiendo del derecho en litigio en su perjuicio, o abandonándose a su suerte procesal, pues al

fin y al cabo en los procesos dispositivos, en los cuales se debaten intereses privados, cada uno puede escoger libremente su postura en el proceso.

Sin embargo, semejante tratamiento del asunto no es ni mucho menos pacífico en la doctrina y menos aun en la legislación, sobre todo respecto al demandado rebelde o contumaz, pues una buena parte de las legislaciones procesales siguen el viejo y saludable principio "*actori non provanti, reus absolvitur*", que implica que al que no comparece al proceso, aun legalmente citado o emplazado, no se le puede tener por confeso, sino simplemente como rebelde, debiendo el proceso seguir su curso, de manera tal, que la demanda será declarada sin lugar si el actor no prueba sus asertos. Es decir, en estos casos, la carga de la prueba no se distribuye sino permanece en cabeza del demandante, mientras el demandado niegue totalmente o no oponga hecho alguno, y solo se distribuirá tal carga cuando el demandado articule hechos liberatorios y no los pruebe.

Más claro aun es este punto respecto al proceso penal, y sobre todo con relación al proceso penal acusatorio, que como acertadamente dice Montero Aroca, es la única y verdadera forma *procesal* de enjuiciamiento penal[67]. En este tipo de proceso, regido básicamente por el interés público, funciona inexorablemente el principio *in dubio pro reo*, lo cual indica claramente que toda la carga de probar está en cabeza de la parte acusadora, trátese del Ministerio Público o de un querellante privado. Por ello, aun cuando el imputado alegue en su defensa hechos que resulten no demostrados, los acusadores tienen la obligación de probar la existencia del delito, la participación del acusado en él y la falsedad de sus descargos o coartadas. Incluso, el hecho de que el imputado acepte que estuvo en la escena del crimen no significa que pueda condenársele por ese solo hecho si el fiscal no desarrolla una actividad probatoria más allá de toda duda razonable.

En resumen, la carga de la prueba, más allá de las inútiles diatribas sobre su naturaleza jurídica, es un conjunto de reglas legales que determinan quién debe probar y qué debe probar y qué decisión debe adoptar el órgano jurisdiccional según las partes cumplan o no con sus respectivas cargas, de conformidad con la naturaleza del proceso. En este sentido, la carga de la prueba es el presupuesto esencial de la actividad probatoria, su base o fundamento y en razón de ello, en el proceso penal acusatorio jamás podrá haber, en buena lid, una sentencia condenatoria si las partes acusadoras no desarrollan eso que se ha dado en llamar la *mínima actividad probatoria*, es decir la prueba de la existencia del delito y de la responsabilidad del imputado.

---

[67] .- El profesor de la Universidad de Valencia, y Presidente del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana (España), don Juan Montero Aroca, ha escrito un pequeño gran libro en el que se concretan con pasmosa precisión los principios fundamentales del proceso penal acusatorio. En ese libro, llamado "Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón", en sus páginas de la 25 a la 30, se analiza muy certeramente el por qué el denominado sistema inquisitivo de juzgamiento penal no es una verdadera forma de proceso y por qué el acusatorio si lo es. Ver: Montero Aroca, Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Editorial Tirant lo blanch. Valencia. 1997. pp. 25-30.

Ahora bien, si las reglas de la carga de la prueba nos responden las preguntas ¿quién debe probar y qué debe probar?, es evidente que queda por establecer ¿cómo se debe probar? y ¿cuándo se debe probar?.

Tampoco resulta fácil contestar la interrogante ¿cómo probar?, porque al igual que en el tema referente a la carga de la prueba, el tema de los medios idóneos para probar un determinado hecho, su idoneidad y su procedencia son aspectos del problema íntimamente ligados a la naturaleza y a la filosofía del ordenamiento procesal de que se trate. Es aquí donde la pregunta ¿cómo probar? puede situarse incluso antes de cualquier intención de proceder, ya que si se sabe que se tendrá la carga de la prueba, tendremos que detenernos a pensar si disponemos de medios que sean idóneos y admisibles en el proceso en que debamos intervenir.

Por tanto, todo el que se proponga demandar o acusar o prevenirse de demandas o acusaciones, cuando esto último sea posible y lícito, lo primero que tiene que hacer es preparar los medios de prueba idóneos para el ataque o la defensa en su caso, y para ello debe conocer el marco legal en el que hará valer tales medios y la propia fortaleza de éstos ante posibles impugnaciones y descalificaciones de la parte contraria. Esa es la primera regla de la actividad probatoria de una parte potencial en el proceso. Y eso requiere conocimientos concretos de derecho.

Es necesario saber si pueden probarse obligaciones de valor con testigos y en qué medida o si la correspondencia privada hace prueba contra un tercero ajeno a la epístola. En fin es necesario saber si el proceso dónde debamos hacer valer la prueba de que disponemos es un sistema de libre valoración o tarifado y hay que estar seguro también de la confiabilidad de nuestros testigos y de la autenticidad de nuestros documentos.

Pero el cómo probar, que indudablemente incluye también la contradicción de la prueba de la contraparte, se enfrenta también al problema de las dificultades probatorias, no siempre bien resueltas por la legislación vigente, sobre todo en los procesos dispositivos, donde el legislador se muestra sumamente renuente a invadir la esfera privada de las partes o de terceros en todo aquello que no aparezca estrictamente relacionado con el proceso y que conduce a una forma sumamente estrecha de verdad formal. ¿Qué pasa cuándo la prueba de la razón de demandante está en la esfera de disposición del demandado? Acaso muchos no habrán experimentado la sensación de impotencia que se siente cuando se demanda un despido injustificado de un trabajador y los demás trabajadores, testigos de los hechos, no se prestan a declarar por temor a represalias por el patrono. ¿Qué hacer cuando la carta donde el demandado reconoce que un niño es su hijo, se encuentra en poder de un tercero? ¿Cómo actuar cuando la demostración de la autoría de un delito depende de la toma de la muestra de sangre de la persona del imputado?

Es sabido que las dificultades probatorias solo se pueden resolver de dos maneras posibles en derecho: la primera, invirtiendo la carga de la prueba, sustrayéndola de quien es su sujeto

habitual, el que alega, y poniéndola en cabeza de la contraparte, y la segunda, disponiendo la obtención coactiva de la prueba. Pero cuando superiores razones de orden público o de dignidad humana hacen imposible tales procedimientos, entonces habrá que buscar la prueba en otro lugar o renunciar al planteo.

Pero, la respuesta a la pregunta ¿cómo probar? no se detiene allí, pues si disponemos de medios seguros, idóneos, conducentes y pertinentes de prueba tenemos que manejar con sumo cuidado ese complemento del "cómo" que es el "cuándo", es decir la oportunidad procesal para probar. Pero esa oportunidad puede estar referida a dos momentos esenciales dentro de la actividad probatoria en el proceso: la promoción, ofrecimiento o proposición de la prueba, por una parte y la práctica o evacuación de ella, por otra.

La promoción o proposición de prueba es simplemente la indicación al órgano jurisdiccional o al órgano instructor, del medio de prueba del que pretendemos valernos para dejar acreditados ciertos hechos. Pero sucede que la promoción, proposición u ofrecimiento de prueba (términos absolutamente equivalentes) puede ser de dos tipos claramente diferenciados:

a.- *La promoción material o directa de la prueba, también llamada solicitud de incorporación; y*

b.- La promoción indirecta o investigativa (ad investigationem).

La promoción material o directa de la prueba, consiste en proponer u ofrecer como prueba objetos o documentos que por su naturaleza, forma o contenido indican claramente una intención probatoria manifiesta, es decir, que son fuente de prueba por sí mismos y que se incorporan al proceso en el mismo acto de la promoción a los efectos de que sean admitidos y posteriormente valorados. En este caso, la mera promoción equivale de hecho a la práctica o evacuación, pues la prueba promovida ha sido al mismo tiempo "evacuada" es decir ha surtido sus efectos dentro del proceso, que es la común aprehensión cognoscitiva, con independencia de que luego se le declare inadmisible a los efectos de la decisión que deba dictarse. El mejor ejemplo de esto ocurre cuando se trae a las actuaciones un documento no extenso, que es leído inmediatamente por todos los intervinientes en el proceso, incluidos, claro está, los miembros del órgano de conocimiento.

La promoción investigativa o indirecta de la prueba, consiste en una exigencia de que el órgano de conocimiento realice una actividad encaminada a fijar la fuente de la prueba, ya sea recabando el testimonio de ciertas personas, ordenando una experticia, solicitando unos informes, el envío de determinados documentos, ordenando un allanamiento o la exhibición de un documento, o disponiendo una inspección. En este caso la realización por el órgano de conocimiento u órgano jurisdiccional de la actividad solicitada será de hecho la evacuación o práctica de la prueba. En el caso del proceso penal acusatorio la promoción indirecta de la prueba, durante la fase preparatoria, se realiza a través de la solicitud de diligencia de investigación, en

tanto que, para el juicio oral, dicha promoción se realiza mediante la solicitud de que los testigos y peritos sean escuchados de viva voz en el debate, o de que en el curso de éste se realicen algunas experticias o inspecciones judiciales.

En los procesos regidos por el principio dispositivo, la promoción, proposición u ofrecimiento de la prueba es una actividad casi exclusiva de las partes, y muy raramente del órgano jurisdiccional, pero esas actividades son prerrogativas fundamentales del Estado a través de los órganos jurisdiccionales o de los órganos de investigación, en los procesos de corte inquisitivo. En el enjuiciamiento criminal inquisitivo, el juez busca la prueba, como la busca el juez de instrucción en el llamado sistema mixto francés o como la busca el fiscal en los sistemas acusatorios del tipo anglosajón, escandinavo y germánico. En el sistema penal acusatorio la búsqueda y promoción y contradicción de la prueba es tarea del órgano instructor-acusador (fiscal o Ministerio Público), del acusador privado y del imputado y su defensor a todo lo largo del proceso, pero los jueces solo pueden hacerlo de manera muy excepcional.

Sin embargo, es muy distinta la actividad probatoria en lo que se refiere a los actos de evacuación o práctica de la prueba, pues allí de ordinario interviene mucha gente, los órganos jurisdiccionales, de conocimiento o de investigación, las partes, los testigos, los expertos o peritos, los consultores técnicos y auxiliares de las partes, los secretarios, los alguaciles, el público, etc. Todo ello según la naturaleza del acto de que se trate. Entre la promoción de la prueba y su práctica o evacuación, median la admisión y la ordenación, que son los actos por los cuales los órganos directores del proceso deciden si las pruebas propuestas deben o no incorporarse al proceso.

Por todas estas razones, los algunos tratadistas de la prueba judicial han arribado a la conclusión de que no existen sujetos activos o pasivos de la prueba y que el rol de sujeto de la prueba más bien se clasifica por el tipo de actividad que cada uno realiza respecto a la prueba. Así se habla de sujetos de la proposición de pruebas, sujetos de la ordenación y admisión de pruebas, sujetos de la recepción de prueba, sujeto de la práctica de pruebas, sujetos contradictores de la prueba, sujetos destinatarios de la prueba, etc. Se dice que no hay verdaderos sujetos pasivos de la prueba porque la contraparte no sufre necesariamente los efectos de la actividad probatoria de las otras, que se supone es absolutamente objetiva respecto al hecho investigado, ni se les compele a conductas concretas. Tenemos nuestras dudas al respecto, pues a veces la contradicción de la prueba requiere de cierta actividad por parte de la contraparte, como puede ser la formación de cuerpos de escritura para cotejos, exhibición de documentos, presentación para reconocimientos, etc.

Pero lo verdaderamente importante en todo esto, es que el derecho probatorio, es decir las normas probatorias concretas consagradas en las leyes, reconozca mediante normas expresas y claras, quien o quienes tienen derecho a promover pruebas, cómo, cuándo y ante quién y con

qué expectativas, bajo que consideraciones son admisibles las pruebas propuestas (legalidad, conducencia, pertinencia y utilidad.-, cómo y cuando deben practicarse, así como el derecho de las partes a presenciar la práctica de la prueba o a imponerse de sus resultados y los remedios procesales posibles para caso de negativas o nulidades.

Es obvio que todas estas situaciones concretas y deseables de la actividad probatoria tienen diferentes formas de regulación en los diferentes sistemas de prueba y en los distintos tipos de proceso, a veces con marcadas diferencias entre unos y otros, por eso el objetivo principal de esta obra es desmenuzar las características de la actividad probatoria en el proceso penal acusatorio.

Sin embargo, lo antes dicho no quiere decir que el derecho probatorio no pueda integrarse a través de principios generales que, derivados de la interpretación de las normas concretas en su conjunto, y de la naturaleza del objeto de regulación, nos conduzcan al establecimiento de reglas aplicables a casos concretos allí donde pudiera considerarse que existen vacíos legales.

4.- LA TERMINOLOGÍA DE LA PRUEBA

El manejo de la prueba en los procesos jurisdiccionales exige el conocimiento de su vasta terminología, por lo que, para seguir avanzando en este estudio, es menester que echemos un vistazo a toda esa enorme cantidad de términos que determinan el contenido del derecho probatorio y sus instituciones.

A.- EL CONCEPTO DE PRUEBA

Cuando hablamos de la nomenclatura o terminología de la prueba jurisdiccional, es necesario, en primer lugar, establecer qué es prueba para el proceso jurisdiccional y cual es su finalidad o función en el mismo.

La prueba es un estado de cosas, susceptible de comprobación y de contradicción, que tiene lugar en el proceso de conformidad con la ley, para producir convencimiento, no solo en el juez, sino en las partes y en el público, sobre la veracidad o falsedad de los hechos del proceso y, consiguientemente, para sustentar las decisiones. Ese estado de cosas, que puede consistir en un sujeto que confiesa y las circunstancias cómo lo hace; otro que rinde testimonio y la forma en que testifica; el juez que inspecciona y el resultado de esa inspección; un experto que analiza y dictamina; un documento que dice algo o un objeto que indica o sugiere algo. Resulta claro entonces que ese estado de cosas en el proceso al que llamamos prueba es introducido a éste a través de los llamados medios de prueba o medios probatorios.

La doctrina se ha dividido respecto a si la finalidad de la prueba es alcanzar la verdad o producir convencimiento o certeza de los hechos del proceso. En realidad ambas posiciones no son contrarias ni excluyentes, sino más bien reconciliables en el terreno filosófico, pues la búsqueda de la verdad objetiva es el desideratum supremo del proceso, pero las posibilidades cognoscitivas del ser humano para arribar a ella son limitadas, unas veces por razones de la estructura del proceso (sistemas de tarifa legal o prohibición de libre inquisición judicial), otra veces por ineptitud de los operadores de justicia y otras veces por dificultades objetivas de prueba. Deben entonces los intervinientes en el proceso atenerse a la verdad procesal, es decir la que consta de las actuaciones y de ahí deben extraer el convencimiento o certeza respecto a los hechos del proceso, lo cual es indudablemente un tema mucho más práctico cercano al hombre común.

Sobre este punto baste saber que, en el proceso penal, por ejemplo, procede la absolución si no se ha probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado es el autor del delito que se le imputa y, en ese caso, dada la especial disposición de la carga de la prueba en el proceso penal, el juicio se resuelve no por certeza, sino por falta de ella respecto a la imputación.

La búsqueda de la certeza en el proceso se acercará más a la verdad objetiva cuanto más amplios, igualitarios, libres y flexibles sean los métodos de averiguación y cuanto más equilibrada sea la combinación entre lo inquisitivo y lo dispositivo en los procesos.

B.- LOS MEDIOS PROBATORIOS

El concepto de medio probatorio o de medio de prueba también tiene dos connotaciones igualmente válidas, pues, por una parte, se les define como la actividad del juez o investigador a fin de obtener convencimiento sobre determinados hechos y , por otra parte, se consideran medios de prueba a los instrumentos u órganos que sirven de vehículo para llevar ese convencimiento al proceso.

La conceptuación del medio probatorio como actividad del juzgador o de sus auxiliares en busca el convencimiento, es acertada porque para arribar a ese convencimiento el juez tiene que leer los documentos del proceso, hacer la inferencia del indicio, escuchar a los testigos, o el escribiente recoger el testimonio y el juez leerlo, etc.. Todo esto denota actividad, pues de nada sirve que las partes traigan documentos al proceso si el juez no los lee, como ocurre con harta frecuencia, o que se promuevan testigos si el juez no los escucha.

Pero también es acertada la definición de medio de prueba como el instrumento u órgano que sirve para corroborar el estado de los hechos en el proceso. En este sentido son medios de pruebas el testimonio, la confesión, la experticia, los documentos, etc. y así es común y pacíficamente aceptado en el lenguaje forense.

El concepto de medio de prueba en su segunda acepción es fundamental a los efectos del derecho probatorio y de la actividad probatoria, pues las regulaciones concretas sobre admisión y valoración de la prueba se desarrollan sobre la base de esa acepción.

C.- LA FUENTE DE LA PRUEBA

La fuente de la prueba es también un concepto dual y controversial. Los que se inclinan por considerar como medio de prueba a la actividad del sujeto cognoscente, estiman que la fuente de la prueba es aquello sobre lo que recae esa actividad, es decir los testigos, el confesante, el experto, el documento. Por tanto, para este sector de la doctrina el concepto de fuente de prueba se corresponde con la segunda acepción del concepto de medio de prueba, es decir consideran que fuente de la prueba es el portador concreto de la información que permite comprobar o refutar los hechos alegados en el proceso.

Por otra parte, otro sector de la doctrina, al que prefiero afiliarme, considera que la fuente de la prueba es la información misma que aporta el medio. Así, el testigo no es fuente de prueba, sino órgano de prueba, y ni siquiera el testimonio es fuente de prueba, sino medio de prueba, en tanto que la fuente de la prueba será lo que el testigo concretamente manifieste, los hechos que relate.

Pero, como claramente lo manifiesta Devis Echandía:

> "... a pesar de la clara distinción que en teoría puede hacerse entre estas dos nociones de medio y fuente de la prueba, en la práctica tanto los legisladores como los jurados utilizan el término prueba para referirse a ambos..." [68]

De tal manera, aunque teóricamente distinguibles, en la práctica procesal cotidiana las expresiones medio de prueba y fuente de prueba tienen un significado idéntico, condicionado por la función de la prueba en el proceso, determinar la certeza o falsedad de los hechos a los cuales se ha de aplicar el derecho.

D.- SUJETO DE LA PRUEBA

Es sujeto de la prueba aquel al que corresponde realizar una forma determinada de la actividad probatoria, ya sea promover las pruebas, practicarlas, valorarlas, etc.. Por consiguiente no existe un concepto general de sujeto de prueba, sino una lista de sujetos de las distintas formas

[68] .- Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Las Pruebas Judiciales. Editorial ABC, 11a. Edición, Bogotá ,1998. Tomo II p.90.

de la actividad probatoria, tales como sujeto de la proposición o promoción de prueba, sujetos de la recepción de pruebas, sujeto de la valoración o apreciación de la prueba, etc.

E.- ÓRGANO DE PRUEBA

Se denomina órgano de prueba a toda persona que sea portadora o formadora de información vital para la comprobación de la veracidad o falsedad de los hechos del proceso. En este sentido, son órganos de prueba, los testigos, los expertos o peritos y hasta el mismo juzgador en las inspecciones judiciales. Órgano de prueba es pues, un término omnicomprensivo para designar a todos los sujetos de la prueba personal.

Como puede observarse, hemos incluido al juez dentro de los órganos de prueba, lo cual es nada pacífico en la doctrina, pues según opinan prestigiosos estudiosos[69], el juez no puede ser órgano de prueba pues es el receptor por excelencia de la prueba. Al negar la posibilidad de que el juez pueda ser considerado órgano de prueba, Eugenio Florian expresa:

> "Entre los órganos de prueba no puede incluirse al juez en cuanto adquiere el conocimiento del objeto de prueba mediante percepción directa. Sin duda alguna, en esta hipótesis el juez percibe el objeto de prueba no solo para sí mismo, sino también para los demás, en orden al proceso, y en esta forma el resultado de la percepción se comunica a las partes, por lo cual, cuando el juez perciba el objeto de la prueba fuera de la presencia de las partes, será también, en relación con estas, un órgano de prueba; pero este acto suyo no tiene nada de particular que lo diferencie de los demás de su actividad probatoria, por lo cual se encuadra y queda incluido dentro de ella. Sería una sutileza y tal vez hasta un sofisma hacer del juez, en este caso, un órgano de prueba, pues que su percepción directa queda absorbida en la actividad probatoria general que él desarrolla. Además, el órgano de prueba queda sometido a la apreciación del juez, pero es lo cierto que el juez no puede juzgarse a... sí mismo.
>
> Por consiguiente, la calidad de órgano de prueba no pueden tenerla sino personas distintas del juez (partes, testigos, peritos), puesto que cuando el juez percibe y aprehende directamente el objeto de prueba, no es órgano de prueba, sino que antes bien desarrolla una actividad dirigida a aprehender o a adquirir ese objeto."[70]

---

[69] .- Ver: Florian, Eugenio. De las pruebas penales. Editorial Temis. Bogotá, 1982. Tomo I, p. 174) En ese mismo sentido se pronuncian Devis Echandía y Clariá Olmedo. Ver: Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Las Pruebas Judiciales. Editorial ABC, 11a. Edición, Bogotá ,1998. Tomo II p.84). Clariá Olmedo, Jorge A. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1963, Tomo III, p. 237.

[70] .- Ver: Florian, Eugenio. Ob. Cit. p. 174.

Lo hemos incluido, empero, porque consideramos que el juez es órgano de prueba cuando participa en las inspecciones y toma conocimiento directo de los hechos, ya que en el acta que se levante al respecto o en el informe que realice al respecto, las apreciaciones del juez estarían en la mira de la apreciación crítica de las partes.

Por otra parte, aquí viene a cuento el muy llevado y traído problema del conocimiento privado del juez. Primero, conviene aclarar qué debe entenderse por conocimiento privado del juez. En nuestra opinión, solo puede ser entendido por tal el conocimiento que el juzgador tenga sobre los hechos justiciables y sobre las partes y sus antecedentes en un caso concreto y que lo haya adquirido fuera del proceso y generalmente con anterioridad a éste, pero nunca podrá ser reputado como conocimiento privado del juez aquello que está en la experiencia de la generalidad de los miembros de una comunidad o de un determinado grupo humano y que pueda servir para formar la convicción de quien debe decidir una cuestión sometida a su conocimiento. Por tanto, el conocimiento privado del juez a que alude la doctrina no puede ser otro que conocimiento extraprocesal del caso que juzga.

Establecido esto así, resulta claro que incurriría en grave falta de imparcialidad el juez que basara su decisión en hechos que él conoce, o dicho de una mejor manera, respetando la unidad indisoluble entre hechos del proceso y prueba, el juez no puede establecer directamente en la sentencia los hechos que son de su conocimiento y que el da por probados en base a su conocimiento personal. Por ejemplo, no puede el juez afirmar en su sentencia:

> "Es indudable que X se encontraba en el bar *Mis Encantos* la noche de autos, porque este juzgador, que también se hallaba en el sitio, lo vio con sus propios ojos".

Tal conducta del juez es inaceptable, no porque sea inmoral o contraria a la razón *per se*, ya que lo afirmado por el juez pudiera ser rigurosamente cierto, sino porque la parte a quien afecte semejante aserto no habría tenido la menor oportunidad de defenderse de ello. Esto equivaldría a una posición tomada *ab-initio* sobre el mérito de la causa, sin posibilidad de control por aquel a quien dicha conducta perjudica.

Ahora bien, ¿que pasa cuando el juez tiene un real y efectivo conocimiento del asunto que juzga, sin guardar ningún tipo de relación con las partes? ¿que hará el juez que ha sido testigo de un hecho que luego le toca juzgar? ¿Existe alguna posibilidad de que el juez haga valer ese conocimiento en el proceso de manera tal que no se lesione el derecho a la defensa de aquellos a quienes perjudique el conocimiento del juez?

Pues si que existe esa posibilidad, aun cuando muchos consideraren que lo mejor que haría un juez en ese caso es inhibirse. La solución consiste en que el juez traiga su conocimiento al debate procesal de manera clara y sincera, fijando como hechos del debate los que dimanan de

su conocimiento y corroborándolos a través de la prueba para mejor proveer si fuere necesario. De tal manera, el conocimiento privado del juez no sería ya el medio probatorio de los hechos que él conoce, sino una prueba que puede obtenerse frente a las partes, que puede ser controlada por ellas y que puede ser valorada de manera objetiva.

En el caso de nuestro ejemplo, el juez puede traer al proceso el hecho de haber visto al imputado en el bar Mis Encantos con solo preguntarle sobre el particular. Ello será suficiente para que la defensa se prepare para refutar ese hecho, solicitando, si fuera necesario, diferir la audiencia o recusar al juez por hecho sobrevenido en el debate. En este caso, el juez, por su parte, deberá traer al proceso, más allá de toda duda razonable, la prueba de que él estuvo en el sitio aquel. Pero, claro está, esto solo es posible en un sistema de prueba libre y donde el juez tenga cierta libertad para aportar esta prueba excepcional. Solo en este sentido puede ser traído al proceso el conocimiento privado del juez.[71]

F.- OBJETO DE PRUEBA

He aquí otra categoría sumamente controversial dentro de la terminología de la prueba, pues algunos definen el objeto de la prueba como aquello que debe ser probado, es decir como el *thema probandum*. En este sentido se habla de los hechos objeto de prueba, de una conducta que debe ser objeto de prueba y cosas semejantes, en el sentido de que tales situaciones deben ser comprobadas.

Otros definen el objeto de prueba como la sustancia, cuerpo o cosa sobre la que se practica una experticia o que es por si misma prueba material. Aquí la expresión "objeto" se utiliza en su sentido más directo, o sea como destinatario de la actividad cognoscitiva, como cosa a ser examinada.

Finalmente otros autores definen el objeto de la prueba en un sentido genérico y filosófico, entendiendo por tal todo aquello a lo que puede accederse por medio de los sentidos.

De cualquier manera, la diversidad conceptual no impide aquí la percepción por el jurista del concepto de objeto de la prueba, pues los tres puntos de vista expuestos no son excluyentes

[71] .- Esta situación, que indudablemente escandalizaría a los redactores del Código de Instrucción Criminal francés de 1808, es inevitablemente usual en las pequeñas comarcas, como la isla de Margarita, por ejemplo, donde todos se conoce y frecuentan los mismos sitios, y donde las inhibiciones en casos como el descrito determinarían la segura paralización de la justicia. De ahí que la exposición sincera de esta circunstancia en el proceso es condición indispensable para la supervivencia de la justicia local. La referencia al Código de Instrucción Criminal francés se explica por el rigor que pusieron sus redactores en la regulación de las causas de recusación e inhibición de los jueces, entre las que se encontraba el haber tenido conocimiento previo de los hechos. La lista original de las causales de recusación en el referido Código de 1808 era bastante más larga que la que aparecía en el artículo 34 del Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano, ya larga de por sí.

entre sí, sino más bien complementarios y todos tienen como sustrato común la consideración de que el objeto de la prueba es aquello sobre lo que recae la actividad cognoscitiva. Por estas razones, la determinación de a qué clase o conceptuación del objeto de la prueba nos referimos, estará únicamente en dependencia del contexto en que tal expresión sea usada. Así nos hemos entendido durante siglos y no creo que en el futuro vaya a ser distinto, porque siempre sabremos que tener al cuerpo del imputado por objeto de prueba significa que hay que examinarlo en su fisonomía, comprobar de alguna manera la dimensión y forma de sus órganos, tomar de él fluidos corporales o muestras de tejido, o realizarle procedimientos quirúrgicos o de otro tipo a fin de extraer de su interior otros objetos extraños a su cuerpo y que pueden tener importancia para la investigación penal. Eso sería tener al imputado como objeto de prueba. Cuando se dice que un documento es objeto de prueba, lo que se quiere decir es que, o bien el documento va ser sometido a una experticia para saber si presenta borrados, tachados, etc. o para saber de qué tipo de papel se trata o con qué clase de tinta fue escrito, pero cuando decimos que un documento es objeto de prueba ello también podría significar que el contenido de ese documento, su texto, está siendo comprobado por otros medios probatorios, tales como testigos u otros documentos. Cuando decimos que ciertos hechos no fueron objeto de prueba en este proceso, lo que queremos expresar es que no se articuló prueba alguna para demostrarlos pero, en cambio, cuando decimos que algunos hechos no pueden ser objeto de prueba, ello significa que no hay manera de probarlos.

De tal manera, los tres enfoques usuales del concepto "objeto de prueba" son perfectamente válidos y solo dependen del contexto en que se usen.

G.- NECESIDAD DE LA PRUEBA

La necesidad de la prueba es concebida por muchos autores como sinónimo de objeto de la prueba, entendido este último como *thema probandum* o tema de prueba. Otros doctrinarios afirman que el objeto de la prueba es una noción genérica e indeterminada, que expresa todo lo que en general puede probarse, y por ello consideran que la necesidad de prueba es una noción concreta que indica lo que efectivamente debe ser probado en un proceso determinado, habida cuenta de que es posible, en un caso específico, que haya hechos que deban ser probados y otros que no ameriten prueba alguna. Para estos últimos, el *thema probandum* es lo mismo que la necesidad de la prueba, es decir, aquellas circunstancias de hecho que por su naturaleza deben ser probadas.

Sea como fuere, estas nociones o conceptos tienen un valor meramente teórico y para nada influyen en la percepción práctica que los abogados deben tener sobre lo que deben o no deben probar. Ese conocimiento es puramente práctico, pues por encima de las inevitables y necesarias polémicas doctrinales, cada operador de justicia debe saber muy bien *lo que debe ser*

probado en cada proceso concreto, bien sea que a eso se le llame necesidad de prueba, objeto de prueba o tema de prueba. Más aun, en un sistema de prueba libre como el que rige en el proceso penal acusatorio, el saber lo que debe ser probado es un asunto, más que jurídico, de sentido común.

Ese estado de cosas, que resulta de la combinación de actividades de las partes y del órgano jurisdiccional y de sus respectivos resultados, al que llamamos "*prueba",* tiene su razón de ser en la necesidad de determinar la certeza de los hechos, respecto de los cuales debe pronunciarse el derecho. La relación entre hechos y prueba en el proceso es tal, que de no existir los primeros o de no haber disputa sobre ellos entre las partes, no habría necesidad alguna de prueba y los procesos judiciales se resolverán de mero derecho, mediante la comparación de los alegatos de las partes con los supuestos de hecho o hipótesis de las normas atinentes al conflicto o por las reglas de distribución de la carga de la prueba, cuando fuere posible.

La existencia de procesos de mero derecho o con pruebas preconstituidas (que a fin de cuentas podrían ser normas individuales, según la terminología de Kelsen[72]) es posible en asuntos civiles, mercantiles, administrativos, laborales, fiscales, etc., pero muy difícil en materia penal. Las situaciones de mero derecho en lo penal se reducen a la constatación de alguna prescripción, o la apreciación de si una ley de amnistía favorece a tal o cual imputado, pero nada más.

El proceso penal es, fundamentalmente, un proceso de hechos, pues el contenido básico de esa forma de enjuiciamiento son los hechos punibles. Por esta razón, el problema de la prueba es esencial para el proceso penal y mucho más importante que para cualquiera otra forma de jurisdicción. Basta recordar al respecto, que ningún proceso penal puede iniciarse sino existe una mínima actividad probatoria por parte del Estado o del acusador particular, en su caso, respecto a la existencia misma del hecho punible y a la probable responsabilidad del imputado (Columnas de Atlas del proceso penal) que supere la barrera de la presunción de inocencia (*probable cause)*.

Esto es justamente lo que implica la *necesidad de prueba* en el proceso penal, es decir, la exigencia de medios probatorios para crear convicción respecto a un estado de cosas que requiere constatación en cuanto a su existencia y significado.

De tal manera, para que exista necesidad de prueba en el proceso es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

1.- Que el proceso verse sobre hechos;

2.- Que no exista acuerdo o consentimiento de las partes sobre la existencia, significado y alcance de tales hechos.

3.- Que no se trate de hechos notorios o ya suficientemente acreditados.

---

[72] .- Ver: Hans Kelsen. Teoría pura del derecho. Edición indiferente.

H.- LAS ESTIPULACIONES DE PRUEBA COMO MEDIO PARA SUPRIMIR LA NECESIDAD DE PRUEBA

Las estipulaciones de prueba son acuerdos que se realizan entre los que figuran como partes en un proceso, para suprimir la necesidad de prueba de ciertos hechos de decisiva influencia en el proceso, que pudieran darse por probados por considerarse notorios, evidentes o suficientemente acreditados o por no haber sobre los mismos ningún tipo de controversia o discusión. En la práctica, las estipulaciones de prueba no son otra cosa que admisiones parciales de ciertos hechos por todas las partes intervinientes en el proceso.

En los procesos civiles es pacífico el asumir que las estipulaciones sustitutivas de prueba puedan suscribirse, dada la naturaleza privada del proceso y de la inmensa mayoría de los intereses que allí se debaten. De hecho, la aceptación por el demandado de ciertos hechos de la demanda, constituye una forma tácita de supresión de la necesidad de prueba que queda a la interpretación del juez. Pero la norma en esta materia es que las estipulaciones sobre pruebas sean expresas, claras y concretas, a fin de que pendan lo menos posible de la interpretación judicial.

En el proceso penal el problema es un poco más complicado, por cuanto la obligación que tiene el Estado de investigar toda suerte de hechos punibles y de precisar todas sus circunstancias (principio de oficialidad.- impide que puedan celebrarse estipulaciones de prueba durante la fase preparatoria o investigación preliminar, toda vez que debe establecerse el cuerpo del delito y la responsabilidad primaria del imputado (mínima actividad probatoria). Por esta razón, los ordenamientos procesales penales que admiten tales estipulaciones solo las consideran factibles respecto al juicio oral, a fin de evitar la presentación de pruebas sobre hechos que las partes hayan consentido en tener como acreditados. Por otra parte, las estipulaciones sobre prueba no pueden extenderse a todos los hechos imputados, porque en tal caso no estaríamos en presencia de tales, sino de una admisión de los hechos, pura y simple.

Por otra parte, y como ya hemos explicado, los principios de oficialidad y de búsqueda de la verdad material en el proceso penal, implican que los tribunales de juicio puedan hacer caso omiso de las estipulaciones de prueba de las partes, y ordenar la práctica de pruebas sobre los hechos que fueron relevados de tal necesidad por aquellos, cuando las circunstancias y el orden público lo exigieren.

I.- LA CARGA DE LA PRUEBA

La noción de carga de la prueba es una de las fundamentales en la terminología de la prueba y de las que mayor importancia práctica comporta. El significado de la noción de carga de la prueba reside en el hecho de que las regulaciones sobre quién debe probar y sobre qué,

cómo y cuándo debe probar en el proceso, implicarán siempre, ineludiblemente, un conjunto de reglas para resolver las distintas cuestiones de hecho (*quaestio facti*) que deba resolver el tribunal en un juicio dado.

La noción de la carga de la prueba no ha sido estática o inmutable a lo largo de la historia, y aunque los romanos, en la época de mayor esplendor de sus concepciones jurídicas, abrazaron el principio de la distribución positiva de la carga (a cada uno corresponde probar lo que alega), en otras épocas anteriores y posteriores a la primacía del llamado "pueblo rey", privaron otras formas de distribución de la carga de la prueba, tales como las de carácter positivo-negativas (todas las partes tienen el deber de probar los hechos que alegan y de refutar los que se les oponen) que imperaron entre los germanos, o la concepción absolutamente negativa que imperaba en el proceso inquisitivo del Santo Oficio, según la cual el acusado de herejía debía probar su adecuada comunidad con Dios, es decir su inocencia. Dicho sea de paso, esta particular forma de distribución de la carga de la prueba se conserva en las formas vigentes de ordenamientos procesales inquisitivos, como el Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano, derogado el 1° de julio de 1999, cuyos artículos 75J y 245, establecían que las pruebas obtenidas en un sumario secreto para el imputado, serían válidas para la sentencia definitiva si no resultaban desvirtuadas en el plenario o fase limitada de debate.

El problema fundamental de la carga de la prueba en el proceso es pues, el de su distribución entre las partes y a eso debe atenerse el juez a la hora de decidir, cuando hay escasez, insuficiencia e incluso ausencia de actividad probatoria y de resultados probatorios por las partes. Los sistemas fundamentales de distribución de la carga de la prueba son:

a.- El *sistema igualitario positivo*, que es el imperante en los procesos no penales contemporáneos y que consiste, como ya hemos dicho, en que todas las partes tienen por igual el deber de probar los hechos que aleguen cuando necesiten ser probados;

b.- El *sistema igualitario positivo-negativo*, según el cual todas las partes por igual tienen el deber de probar lo que alegan y de refutar lo que alega su contraparte, y que hoy está en completo desuso por su proclividad a la exigencia de prueba del hecho negativo;

c.- El *sistema unilateral negativo*, absolutamente contrario a la razón humana y hoy casi completamente desterrado de los ordenamientos jurídicos actuales, aun cuando todavía vive cómo rémora cavernaria en la conciencia de los pueblos, exacerbada a veces por infortunados manejos de prensa. Según este sistema, el imputado o el demandado deben probar la falta de fundamento de las imputaciones que se le hacen, sin que el acusador o demandante deban producir mayores probanzas.

d.- El *sistema unilateral positivo*, prevaleciente hoy en los ordenamientos procesales penales de tipo acusatorio y conforme al cual, las partes acusadoras tienen que probar los hechos que imputan, sin que el imputado tenga el deber de probar cosa alguna.

Obviamente la distribución de la carga de la prueba la realiza el legislador mediante normas jurídicas que están contenidas o forman parte del ordenamiento procesal. En las leyes procesales civiles existe una clara norma de distribución de la carga de la prueba que siempre es más o menos de este tenor:

> "Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación.
>
> Los hechos notorios no son objeto de prueba."

Como puede apreciarse, hoy día y después de múltiples avatares, la carga de la prueba en los procesos no penales, es entendida, en principio, en sentido positivo, o sea, como el deber de quien es parte en un proceso jurisdiccional, de probar aquellos hechos alegados por dicha parte que efectivamente necesiten ser probados, es decir que no sean notorios, admitidos por la contraparte expresa o tácitamente o resulten manifiestamente inatinentes al caso, sin que el no hacerlo le acarreé sanciones o reprimendas o una pérdida patrimonial *per se*, ni siquiera la pérdida automática del juicio. Por tanto, la carga de la prueba es una opción de conducta a seguir por cada parte en un proceso, pero cuando una parte opta por no probar los hechos que alega, los deja en entredicho y, a menos de que se trate, como se ha dicho, de hechos notorios o que la contraparte los acepte, se tendrán por no justificados.

Por esto, cuando en un proceso no penal, una parte opta por no probar y la otra ha probado defectuosamente, o cuando todas las partes en un proceso de ese tipo no han articulado prueba alguna, el juez, que tiene la obligación de decidir el proceso y que no puede decretar un empate o *non liquet*, tiene, necesariamente, que establecer un balance entre los hechos alegados por una parte y el rechazo, la no contradicción o la aceptación expresa de la contraparte, para así determinar cuáles hechos pueden considerarse probados y cuáles no, a los efectos de la decisión de fondo. Es por esto que las normas sobre la carga de prueba se convierten en reglas para decidir el proceso, en reglas decisorias del juicio, como les denomina la más autorizada doctrina.

En el proceso penal acusatorio, como muy lo reconoce uno de los más importantes estudiosos de la carga de la prueba, el profesor italiano Gian Antonio Michelli[73], no existe distribución de la carga de la prueba entre las partes, pues las partes acusadoras, y fundamentalmente el Ministerio Público, tienen la ineludible obligación de probar la existencia del delito y la participación del imputado, y toda inexactitud o insuficiencia en el cumplimiento de esa obligación. debe determinar una sentencia favorable al imputado, en razón de ese irrenunciable principio del proceso penal que es el *in dubio pro reo*, base de la presunción de

[73] .- Ver: Michelli, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Editorial Temis, Bogotá, 1989. pp. 238 y ss.

inocencia. De tal manera, las partes acusadoras tienen toda la carga de la prueba, en tanto el imputado no tiene ninguna, por lo cual puede abstenerse de articular hechos a su favor y de probarlos, así como puede también aseverar hechos y no probarlos, caso en el cual, las partes acusadoras deben desvirtuar esos hechos. Por otra parte, en el proceso penal acusatorio, de ninguna manera puede entenderse que exista conducta alguna del imputado que, por si sola, implique que el imputado acepta tácitamente los hechos de la acusación. Ni el negarse a un reconocimiento, ni el resistir a la entrega de una muestra de tejidos de su cuerpo, o a una exploración interna o externa del mismo, pueden autorizar al juez a declarar la confesión ficta del imputado. Incluso, en los sistemas que reconocen la admisión de los hechos como forma de confesión con efectos decisorios del proceso, es menester que el cuerpo del delito y la participación del imputado estén comprobados *prima facie*, con independencia de su propio testimonio o el de sus allegados.

Por lo tanto, en el sistema acusatorio penal, la falta de distribución de la carga de la prueba, como en toda forma de proceso, es también una regla para resolver el juicio, pues si las partes acusadoras no prueban, el imputado será absuelto.

J.- LA COMUNIDAD DE LA PRUEBA

La comunidad de la prueba, también denominada principio de adquisición de la prueba, consiste en que todo aquel que sea parte en un proceso pueden servirse de las pruebas aportadas por otras partes, al tiempo que las demás también pueden servirse de la que éste haya aportado.

La idea de la comunidad de la prueba se funda en dos nociones fundamentales: la unidad de la prueba y la búsqueda de la verdad. La unidad de la prueba es la suma ineludible de todos los elementos probatorios traídos al proceso por las partes, tales como testimonios, experticias, documentos, etc. (*mass of evidence* le llaman los anglosajones), los cuales deben ser valoradas individualmente y en su relación con los demás, a fin de poderse formar una visión general del *thema decidendum*. Por esta razón se dice que la comunidad de prueba está íntimamente ligada con el problema de la búsqueda de la verdad, pues ello no sería posible sin un análisis global de toda la prueba.

En el proceso penal acusatorio, donde la base de la prueba se forma en la fase preparatoria, a través de las diligencias de investigación, pero se perfecciona en el juicio oral, donde se despliega como prueba propiamente dicha, la comunidad de la prueba es muy importante, pues cada parte puede promover, ofrecer o proponer como prueba para el debate oral, el resultado de cualquier diligencia de investigación, que haya promovido otra parte, incluso cuando dicha parte haya renunciado a promoverlo. En este mismo sentido, en el juicio oral, cada parte puede pedir al tribunal la valoración a su favor de la prueba practicada a instancias de otra

parte, cuando de su efectiva evacuación resulten circunstancias o elementos que beneficien a su interés.

El problema de la comunidad de la prueba, es también una conquista democrática y racional de las modernas concepciones del proceso, pues esta noción no siempre se comportó igual a través de la historia, ya que hubo épocas, fundamentalmente entre los pueblos bárbaros y en el medioevo, cuando se consideraba que cada parte solo podía servirse de las pruebas por ella promovidas. En este punto recuerdo como la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1882, base de la legislación procesal civil cubana, siendo de corte liberal y reconociendo como reconoce, la comunidad de la prueba después de los informes de primera instancia, recoge la forma medieval de practicar la prueba de cada parte en cuadernos separados, que solo se mandan a unir a los autos principales cuando ha concluido el período de prueba.

En el proceso penal no es pacífica la disquisición, propia de los procesos dispositivos, según la cual las partes no pueden renunciar a la pruebas por ellas promovidas una vez evacuadas, si les resultaren desfavorables, pero si pueden renunciar a las promovidas mas no evacuadas aun. En este sentido, las partes, al promover las pruebas de que intentarán valerse para el juicio oral, podrán servirse del resultado de cualquier diligencia de investigación que se haya realizado, sea quien sea el que la haya realizado o promovido, pues aquí reina el principio de búsqueda de la verdad material[74].

En cuanto a si el principio de comunidad de prueba debe estar regulado o plasmado expresamente en una norma jurídica concreta, la respuesta contundente es NO, pues siendo que la modernidad del proceso impone la comunidad de prueba por ley de la razón, entonces la separación de pruebas deviene odiosa excepción y es la estructura misma de los procesos modernos la que supone la comunidad de prueba. De más está decir que el moderno proceso penal acusatorio presupone de suyo la comunidad de prueba, y de ahí que se haya hecho tan popular en los países de Europa una frase, utilizada por los abogados defensores cuando presentan sus escritos de contestación a la acusación, también conocidos como conclusiones provisionales de la defensa, y que no tardaremos en ver aparecer en los esos escritos en Venezuela. La frase en cuestión se usa en el momento de ofrecer la prueba y luego de que se ha promovido la propia, y su texto más o menos es el siguiente:

> "Además, promuevo y hago mía toda la prueba ofrecida o propuesta por el Ministerio Público y el querellante, aun para el caso de que ellos renunciaren a ella".

K.- LA PROPOSICIÓN, OFRECIMIENTO O PROMOCIÓN DE LA PRUEBA

[74] .- Ver artículo 13 del COPP.

La proposición de prueba, también llamada promoción u ofrecimiento de la prueba, es una importante forma de la actividad probatoria, que consiste en hacer saber al tribunal competente, dentro de la oportunidad legalmente fijada para ello, cuáles son las probanzas de que intentamos valernos para demostrar un determinado hechos que hemos alegado en el proceso.

Cómo veremos en el curso del presente libro, la proposición, promoción u ofrecimiento de la prueba puede consistir en pedir al tribunal cognoscente que realice una determinada actividad para atrapar o adquirir el dato que nos interesa como fuente de prueba, o puede ser el simple pedimento de que incorpore al proceso, por vía escrita u oral, el dato que le suministramos y que lo tenga en cuenta a los fines consiguientes.

Como sabemos, los problemas esenciales que sugiere la noción de proposición, promoción u ofrecimiento de la prueba, son el problema de la oportunidad y el problema de la forma en que debe hacerse. En el sistema acusatorio penal, caracterizado por la dicotomía metamórfica de la prueba (fase preparatoria - juicio oral), el problema de la oportunidad para la promoción de pruebas también presenta una doble connotación, pues la prueba, en la fase preparatoria, es susceptible de promoción en todo momento desde que se es parte, bien sea como búsqueda a través de las diligencias de investigación o bien por incorporación directa, en tanto que para el juicio oral existe una oportunidad concreta de promoción de pruebas, que generalmente se concreta al escrito de acusación para las partes acusadoras y al escrito de contestación de la acusación para el imputado y su defensor, aun cuando existan otras oportunidades posteriores, antes y durante el juicio oral, para el caso de las pruebas de cuya existencia se haya conocido con posterioridad al auto de apertura al juicio oral.

L.- LA CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA

La contradicción de la prueba, también denominada oposición a la prueba, es otro de los presupuestos esenciales de la actividad probatoria, y consiste en la posibilidad que el ordenamiento procesal debe conferir a cada parte en un proceso para cuestionar, criticar o refutar el medio probatorio utilizado por la parte contraria para demostrar sus asertos.

Es evidente que la naturaleza contradictoria del proceso jurisdiccional implica no solo la posibilidad de que una parte oponga sus propios hechos a los hechos de la contraparte, y que intente probarlos para hacerlos prevalecer sobre aquellos, sino también, dicho carácter contradictorio implica la oposición a los medios probatorios que usa la contraparte para probar los hechos que alega. Esa es también una forma de atacar el afianzamiento de los hechos de la contraparte y por tanto un componente esencial del derecho a la defensa.

La contradicción de la prueba se realiza a través de dos actividades diferentes. Una de ellas consiste en poner de manifiesto el vicio que existe en el medio probatorio de la contraparte, que lo hace inhábil, inidóneo, extemporáneo, inconducente, impertinente, inútil, etc. Esta actividad de señalamiento de los defectos de la prueba de la contraparte ha recibido el nombre doctrinal y universalmente consagrado de "tacha". Pero la contradicción de la prueba puede realizarse mediante otra prueba sobre el mismo objeto, que arroje un resultado diferente al obtenido por la parte contraria, esto es lo que en la doctrina se denomina "contraprueba". No se debe confundir la prueba de la tacha con la contraprueba, pues la primera es la corroboración del vicio del medio, pero se refiere a un hecho distinto al que la parte contraria quiere demostrar con la prueba criticada, en tanto que la contraprueba es prueba diferente pero del mismo hecho que la parte quiere probar con el medio criticado.

Lo anterior lo apreciamos mejor a través del siguiente ejemplo. La parte actora cuestiona la imparcialidad de un testigo por ser cuñado del demandado, en este sentido el demandante ha tachado al testigo, y para probar dicho parentesco, presenta la partida de matrimonio del testigo con la hermana del demandado y las partidas de nacimiento del demandado y su hermana. En este caso, dichas partidas constituyen prueba de la tacha. Pero si el demandante presenta otros testigos para probar que lo dicho por el testigo cuestionado no ocurrió como el lo dijo, sino de otra manera, entonces estamos en presencia de la contraprueba.

En el proceso civil, la oportunidad de oposición a la prueba de la contraparte está generalmente circunscrita a una oportunidad cerrada y preclusiva, generalmente dispuesta en abstracto, con posterioridad al lapso de promoción de la prueba, pero otras veces, algunas legislaciones ofrecen la posibilidad de oponerse a la prueba de la contraparte en concreto, es decir observando sus fallas una vez practicada o incorporada al proceso. Otras legislaciones, utilizan ambas vertientes del asunto.

En el proceso penal acusatorio, la oposición o contradicción de la prueba es posible a todo lo largo del proceso. En la fase preparatoria, cada parte puede tachar o contradecir la prueba del contrario en cuanto aparezca de autos y promover inmediatamente los medios de prueba de la tacha, así como también promover la contraprueba que considere pertinente. En la fase intermedia se realiza la crítica de los medios probatorios que las partes acusadoras ofrecen para fundar sus imputaciones y de ello depende el pronunciamiento de si hay o no mérito para abrir el proceso a debate oral y público. En el juicio oral, por su parte, cada parte puede libremente criticar la prueba de las otras partes, durante los alegatos orales (discursos de apertura y de conclusiones) o durante la misma práctica de las pruebas.

M.- ADMISIÓN DE LA PRUEBA

La admisión de la prueba es la autorización o conformidad del sujeto director del proceso o de la investigación para que un medio probatorio sea incorporado al proceso, bien por incorporación directa de un medio ya contentivo de la fuente de prueba, como sería el caso de un documento o del machete ensangrentado, o bien mediante la orden de realizar una actividad tendente a buscar la fuente de la prueba, tal como, citar a un testigo para interrogarlo o realizar un allanamiento para localizar el arma homicida.

Vista esta dualidad de formas que presenta la admisión de pruebas, la doctrina ha establecido una distinción entre *admisión de prueba propiamente dicha o simple incorporación*, y la *ordenación de la prueba.* La admisión propiamente dicha o incorporación simple ha sido conceptuada como la conformidad del órgano admisor de prueba con la incorporación directa de un medio de prueba ya elaborado (contentivo de la fuente de prueba), como en el caso de la simple anuencia con la anexión de un documento a las actuaciones. La ordenación de prueba, en cambio, ha sido definida como la orden impartida por el órgano admisor de prueba, bien de oficio o a instancia de parte, para realizar una actividad encaminada a buscar y fijar la fuente de la prueba, como podría ser, verbigracia, la citación de un testigo para ser interrogado o la orden de practicar una inspección ocular.

En realidad, si bien esta distinción doctrinal es acertada desde el punto de vista lógico, lo cierto es que en la práctica ambas situaciones son tratadas bajo el rubro de admisión de prueba, por cuanto en uno y otro caso cuando el órgano actuante dispone que se haga lo uno o lo otro, está dando entrada a los elementos de valoración que pretende el promovente, oferente o proponente de la prueba. De tal manera, la admisión de la prueba es la respuesta positiva a la proposición, promoción u ofrecimiento de la prueba.

Por lo general, la admisión de un medio probatorio no debe dar lugar a un recurso, pues no se causa gravamen alguno a la contraparte, quedando a salvo su derecho a tachar o contradecir la prueba admitida. Por el contrario, la no admisión de una prueba oportunamente propuesta debe dar siempre a alguna suerte de recurso o sucedáneo de éste, como puede ser una protesta u oposición, bien sea ante el mismo funcionario actuante o ante un tribunal superior.

En el proceso penal acusatorio, la admisión de pruebas en la fase preparatoria, tiene lugar en todo momento en que se solicite al Ministerio Público o al Juez Instructor, Juez de garantías, de control, etc. En la fase intermedia, corresponde al tribunal que la rige, mediante el auto de apertura a juicio oral, pronunciarse sobre la admisión de las pruebas de que las partes intentan valerse para el juicio oral; en tanto que en el juicio oral, es competencia del tribunal de juicio el determinar sobre la admisibilidad de las pruebas que ante el se promuevan, bien en el período de preparación del debate oral o durante éste.

N.- VALORACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba es la actividad que realiza el juez para determinar el valor de cada medio de prueba y de todos ellos en su conjunto, en el proceso de formación de su convicción y de ahí el nombre de esta institución (valoración).

La valoración de la prueba ha conocido históricamente tres grandes formas de manifestación: la tarifa legal o prueba tasada; la íntima convicción y la sana crítica o libre valoración razonada.

La valoración de la prueba conforme a la tarifa legal supone que el juzgador debe comprobar si la prueba practicada en el juicio responde a las reglas preestablecidas por el legislador para otorgarle eficacia a cada probanza (tarifa legal). De tal manera, este sistema de valoración de la prueba tiene mucho más de calificación jurídica mecánica que de valoración racional, pues se dice que el sistema de prueba tarifada es más legislativo que judicial.

El sistema de íntima convicción, surgido en Inglaterra y convalidado originalmente por la Revolución Francesa, supone que los juzgadores valoran la prueba conforme a su leal saber y entender, sin sujeción a regla alguna preestablecida. Pero este sistema, surgido como una reacción al de la tarifa legal, tiene como inconveniente el hecho de que el tribunal o jurado no viene obligado a expresar los fundamentos de su valoración, con lo cual se priva a las partes de la posibilidad de recurrir por error u omisión en la apreciación de la prueba. En este sistema se supone que la prueba es valorada conforme a las reglas del criterio racional, pero eso nunca se sabe pues no trasciende al cuerpo de la decisión y, en ocasiones, esas decisiones suelen ser absolutamente irracionales, como las recaídas en ciertos juicios célebres en los Estados Unidos, como los de Rodney King[75], Lorena Bobbit[76] y Orienthal James Simpson[77], donde los veredictos de los jurados populares dejaron boquiabierta a la opinión pública.

El sistema de la sana crítica o de la libre convicción razonada es aquel donde el juzgador aprecia la prueba de conformidad con las reglas de la lógica y de conformidad con máximas de experiencia, con el deber de expresar en sus decisiones, la forma en que se ha formado su convicción. El sistema de la sana crítica es, por tanto, el más completo y garantista de cuantos

---

[75] .- Rodney King, ciudadano de los Estados Unidos de América, de piel negra, el cual fue objeto de un severo y brutal apaleamiento por policías blancos de Los Ángeles, California, el 03 de marzo 1991, lo que lo mantuvo paralítico por muchos meses. La absolución de estos policías por un jurado integrado por ciudadanos blancos, el 29 de abril de 1992, provocó la sublevación de los negros y violentos disturbios en el área de Los Ángeles (L.A. Riots), que dejaron varios muertos y más de mil millones de dólares en pérdidas materiales.

[76] .- Lorena Bobbit, ciudadana norteamericana de origen ecuatoriano, quien en 1993 cercenó el pene a su esposo para entonces, John Bobbit, en represalia por los malos tratos que este le dispensaba. Fue absuelta en 1994, al aceptar el jurado una tesis de trastorno mental transitorio. A John Bobbit le fue reimplantado su miembro y luego ha realizado una exitosa carrera como actor pornográfico.

[77].- Oriental James Simpson, ex-estrella del football americano y actor de Hollywood, a quien se acusó, en 1994, de haber dado muerte a su ex -esposa y al amante de ésta, resultando absuelto tras un largo y controversial proceso.

existe, ya que cuando el juez expresa en sus decisiones la forma en que ha valorado todas y cada una de las pruebas, en forma particular y en su conjunto, las partes tiene la posibilidad de recurrir por razones de error en la apreciación de la prueba, por silencio en el pronunciamiento sobre un medio determinado, o falta absoluta de análisis de prueba (inmotivación). De tal manera, en el sistema de la sana crítica, la fundamentación del tribunal acerca de la valoración de la prueba constituye un elemento esencial de la motivación de las decisiones.

En el proceso penal acusatorio la valoración de la prueba se realiza fundamentalmente por los sistemas de íntima convicción y de sana crítica. El sistema de íntima convicción se usa fundamentalmente en los países donde la decisión de los juicios penales se produce por jurados populares, pero solo por lo que se refiere a la decisión de fondo que debe recaer en juicio oral, pues en las decisiones interlocutorias referidas a la existencia de méritos para incoar la causa, o para resolver una excepción o para aceptar o no la acusación, suele usarse el método de la sana crítica, toda vez que esas son decisiones que debe adoptar un juez profesional. En otros países, y esto Alemania es líder, todas las decisiones, incluida la sentencia definitiva deben ser motivadas en cuanto a la valoración de la prueba.

Debemos decir sin ambages, que si bien la doctrina ha identificado diversos momentos en el proceso intelectivo de la valoración de la prueba, lo que realmente importa es la plasmación del resultado de ese proceso en las decisiones judiciales, pues no importa cuan brillante sea el razonamiento del decisor si nunca sale a la luz pública para ser medido y confrontado.

O.- PRUEBA TRASLADADA

La prueba trasladada es aquella que ha sido practicada en un proceso determinado, pero que intenta hacérsele valer en otro proceso distinto. Así, por ejemplo, alguien puede promover como prueba en un proceso A, la declaración de un testigo ya fallecido, que haya declarado en un proceso anterior B. En ese caso, el promovente simplemente solicitará la certificación respectiva del acta de declaración del testigo en el proceso B y pedirá que se incorpore a los autos del proceso A. Por tanto, la prueba trasladada es que pasa de un proceso a otro en forma de *certificación documental*, ya sea de una diligencia o escrito de promoción de prueba o bien sea del resultado de una actividad probatoria determinada. Cuando se trata de documentos, estos o bien se desglosan de las actuaciones que los contienen para ser llevados al nuevo proceso, o bien se certifican al mismo efecto. Cuando se trata del resultado de una ordenación de prueba, entonces se certifica el resultado de la diligencia probatoria, ya sea la declaración de un testigo, o el informe de una experticia o de una inspección.

Sin embargo, es posible la prueba trasladada de la declaración de un testigo en un juicio oral, a través de un registro grafico (video) o sonoro (grabación), para ser reproducido en otro

juicio oral, pero no debe olvidarse que aun así, para el nuevo juicio se trata de un documento *lato sensu* y no de una prueba testifical.

Por otro lado, el paso de una prueba de un de las actuaciones de un proceso a las de otro, requiere, obviamente, que el proceso donde se reclama la incorporación de la prueba cuya "importación" se pretende, sea un proceso en curso, es decir no decidido no decidido. A ese proceso donde se realiza la actividad probatoria que interesa la traslación (solicitud de traslación), le podemos denominar, a nuestro solo riesgo, *proceso de llegada*.

Sin embargo, el proceso de donde se toma la prueba ya evacuada y cuyo traslado se pide, y que de manera igualmente convencional podemos denominar *proceso de salida*, puede ser un proceso ya terminado, decidido o archivado sin decisión de fondo (por desistimiento de la acción o por perención de la instancia, por ejemplo). El proceso de salida de la prueba trasladada puede ser un proceso de la misma jurisdicción que el proceso de llegada o de otra distinta, puede ser un proceso seguido en tribunal extranjero. También se plantea el problema de si el proceso de salida y el de llegada se verifican entre las mismas partes, o entre partes distintas, o con cierta coincidencia entre sujetos activos y pasivos, o si en ambos se trató del mismo objeto litigioso u otro concomitante, o absolutamente diverso, etc. Finalmente, el valor de la prueba trasladada depende en gran medida del tipo de prueba de que se trate, es decir, si se trata de un testimonio de un fallecido que no puede ser ratificado, o si trata de una experticia irrepetible, o de un documento que resulte de fácil desglose, y por tanto trasladable.

En razón de todas estas situaciones, la prueba trasladada presenta innumerables problemas que el juez del proceso de llegada debe resolver, tanto desde el momento mismo de la admisión de la solicitud de prueba trasladada, como en la oportunidad de valoración de la eficacia de ese tipo de prueba. En este sentido, el juez del proceso de llegada, a los efectos de la admisión y de la valoración de la prueba trasladada, tendrá que considerar, aparte de los supuestos normales de pertinencia, utilidad, conducencia y licitud, los siguientes aspectos:

a.- Si quien resulta contraparte del solicitante del traslado de prueba, pudo ejercer control y contradicción de esa prueba en el proceso de salida;

b.- Si la prueba cuyo traslado se pide fue tachada o declarada ilícita o sin valor alguno, en el proceso de salida;

c.- Si la prueba que se pretende trasladar es admisible por su naturaleza en el proceso de llegada;

d.- Si puede considerarse que la prueba trasladada hace pleno efecto en el proceso de llegada o si se admite solo *ad ratificationem*;

e.- Si los hechos sobre los que versa la prueba trasladada pueden tener cabida en el proceso de llegada.

Hay que destacar aquí que el juzgador decisor del proceso de llegada no está nunca obligado por la valoración que se haya dado a dicha prueba en el proceso de salida, y por tanto la prueba trasladada quedará siempre sujeta a las reglas de valoración que rijan el proceso de llegada.

En lo que se refiere al proceso penal acusatorio como proceso de llegada de la prueba trasladada, salvo las exigencias de legalidad, pertinencia, idoneidad, conducencia y utilidad, ésta es plenamente admisible en la fase preparatoria, dado que allí no existe inmediación respecto de la prueba, y por sus características de predominio de la escritura, pueden incorporársele documentos traídos de otros procesos. En el juicio oral la prueba trasladada es mucho menos frecuente, en razón de la misma estructura del proceso penal acusatorio, que exige que las pruebas se hayan formado o incorporado primariamente al proceso por la fase preparatoria. Sin embargo, habida cuenta de que los ordenamientos acusatorios suelen dar entrada en el debate probatorio oral a pruebas nuevas o a aquellas de cuya existencia se conoció luego de dictado el auto de apertura, entonces por esa vía puede entrar la prueba trasladada al juicio oral, pero sujeta siempre a la valoración racional del acervo probatorio en su conjunto.

Lo que si debe tenerse claro en este punto, es que los resultados de las diligencias de investigación en la fase preparatoria, que luego son promovidos como prueba a la fase del juicio oral, no constituyen, en modo alguno, un supuesto de prueba trasladada, por la muy simple razón de que se trata de evidencia obtenida dentro del mismo proceso y, por tanto, no requiere de certificación alguna. Recuérdese que ese paso de la evidencia de la fase preparatoria al juicio oral, en virtud de los actos de promoción de las partes y de admisión de los tribunales, durante la fase preparatoria, se denomina la metamorfosis de la prueba en el proceso penal acusatorio.

P.- PRUEBA PRECONSTITUIDA

La prueba preconstituida es aquella que se forma con anterioridad al proceso y que tiene por finalidad, precisamente, asegurar a las partes de una relación jurídica cualquiera, el probar sus derechos y las obligaciones de los otros en esa relación, si el asunto se tornare litigioso, en ese eventual proceso se llegare a producir. Por tanto la prueba preconstituida tiene un carácter esencialmente preventivo, por lo que entra dentro de lo que en teoría probatoria se denomina la prevención de la prueba.

La prueba preconstituida es esencialmente escrita, aunque de conformidad con las nuevas tendencias que admiten como prueba las reproducciones de la realidad por medios químicos (fotografía) y electrónicos (video), esta forma de ser de la prueba podría consistir en fotografías, grabaciones o filmaciones. Pero estas formas de preconstituir la prueba estarían siempre sujetas a los cuestionamientos que les son propios, referidos básicamente a la posibilidad real y concreta

de trucar las reproducciones de imagen y de sonido. Por esta razón la prueba preconstituida tendrá su bastión por mucho tiempo aun, en los documentos públicos, auténticos o autenticados, si realmente cabe tal distinción, en virtud de la eficacia que el ordenamiento jurídico le confiere a los documentos pasados con fuerza de fe pública.

La fijación de evidencia que resulta de las diligencias de investigación durante la fase preparatoria del proceso penal acusatorio *no constituye* prueba preconstituida, por la sencilla razón de que dichas diligencias no constituyen por sí mismas pruebas para condenar a una persona que niega las imputaciones, si no son sometidas al control y contradicción del imputado durante un juicio oral y público.

El resultado de dichas diligencias de investigación son simplemente la captación de las fuentes de prueba que luego pudieran constituir el contenido de los medios probatorios que podrían ofrecerse para calzar una acusación en juicio oral.

Q.- PRUEBA ANTICIPADA

En términos generales, la prueba anticipada en es aquella que se realiza antes de la oportunidad procesal en que debería tener lugar, ya sea por razones de urgencia (*periculum in mora)* o de necesidad de aseguramiento de sus resultados (*irrepetibilidad)*. De ahí la denominación de "anticipada". Sin embargo, la prueba anticipada no funciona de igual manera en el proceso penal acusatorio que como lo hace en los procesos dispositivos.

En los procesos dispositivos (civiles, mercantiles, laborales, etc.) la prueba anticipada es practicada con anterioridad al inicio mismo del proceso y siempre por solicitud del futuro demandante. Por esta vía, la persona que se propone demandar intentará asegurar la fuente de la prueba a través de experticias, inspecciones o reconocimientos de lugares u objetos que estén próximos a modificar su apariencia, forma o estructura, o que estén a punto de desaparecer, así como también a través del interrogatorio de personas en grave peligro de muerte o próximos a ausentarse por largo tiempo. Para lograr esto, el interesado deberá dirigirse a un tribunal competente y solicitarle que practique u ordene practicar las referidas diligencias y que, una vez practicas, o bien se le devuelvan las resultas para hacerlas valer a futuro en un proceso que se propone iniciar o bien para fundamentar la demanda ante ese mismo tribunal. Como puede observarse, la prueba anticipada en los procesos dispositivos es simplemente una prueba documental preconstituida.

En el proceso penal acusatorio, en cambio, la prueba anticipada es aquella que debiendo tener lugar normalmente en juicio oral, se realiza en cualquier estado del proceso anterior a éste, a los efectos ÚNICAMENTE de escuchar de viva voz las deposiciones de testigos y expertos que, por estar gravemente enfermos o lesionados o por tener que ausentarse por largo tiempo del país

o tratarse de un experto extranjero, podrían no estar presente el día del juicio oral para declarar personalmente. La prueba anticipada en el proceso penal acusatorio puede realizarse en la fase preparatoria, en la fase intermedia o en la etapa de preparación del debate, después de dictado el auto de apertura y pasadas las actuaciones al tribunal del juicio, es decir en cuanto se presente la circunstancia que la motive y por tanto, la realización de la prueba anticipada debe solicitarse ya sea por el Fiscal, por el acusador privado o el defensor, ante el juez que cubra la fase procesal correspondiente. Por cuanto la prueba anticipada al juicio oral debe realizarse y valorarse como si hubiere tenido lugar en éste, en todo caso, la práctica de esta prueba debe realizarse mediante una audiencia oral, en una sala judicial o en el sitio donde se encuentre el enfermo o lesionado, con asistencia del juez y de las partes que, debidamente citadas, tengan a bien concurrir a hacer valer su derecho a la contradicción y control de la prueba.

De tal manera, la prueba anticipada en los procesos dispositivos (civil, mercantil, laboral, contencioso administrativo, contencioso tributario, etc.) se caracteriza por lo siguiente:

a.- Solo puede ser solicitada por el futuro demandante;
b.- Tiene lugar siempre ANTES del inicio del proceso;
c.- Puede comprender experticias, reconocimientos, inspecciones e interrogatorios de testigos.
d.- Tiene siempre el carácter de prueba documental, en el proceso donde se intenta hacer valer y generalmente excluye la inmediación.
e.- No siempre puede ser controlada por la contraparte.

En cambio, la prueba anticipada en el proceso penal acusatorio, tiene los rasgos siguientes:

a.- Puede ser solicitada por todas las partes a derecho en el proceso.
b.- Tiene lugar siempre DESPUÉS de iniciado el proceso y solo ANTES del juicio oral.
c.- Solo comprende la llamada prueba personal, es decir declaraciones de testigos y expertos (peritos).
d.- Es practicada en forma oral, por lo cual debe ser apreciada como si efectivamente se hubiera practicado en el juicio, aun cuando pudiera constituir uno de los raros casos de vulneración de la inmediación de la prueba en el proceso penal acusatorio, cuando se efectúa ante un tribunal distinto al que celebrará el juicio.
e.- Puede ser controlada de manera inmediata por las partes que asistan

a la audiencia.

De tal manera, la prueba anticipada con estas características es una categoría absolutamente privativa o propia del proceso penal acusatorio y es una de las modalidades esenciales de lo que en teoría probatoria se denomina aseguramiento de la prueba. Al mismo tiempo la prueba anticipada es una modalidad muy peculiar de la actividad probatoria en este tipo de proceso penal.

En este mismo orden de día, en el juicio oral, como fase decisoria principal del proceso penal acusatorio, rige con carácter absoluto el principio de inmediación de la prueba, es decir el tribunal del juicio oral solo puede basar su sentencia en las pruebas que hayan sido practicadas en el debate oral y público. Sin embargo, la prueba anticipada, así concebida, rompe necesariamente con el principio de inmediación, cuando el tribunal que la autoriza y presencia no es el propio tribunal del juicio oral. Ahora bien, cuando la prueba anticipada tiene lugar antes de la fase de juicio, la presencia de ese juez es necesaria para guardar el debido equilibrio procesal en la práctica de la prueba, la cual tendrá en el juicio oral el mismo valor que si se hubiera llevado a cabo ante el tribunal del debate.

Por otra parte, para que las partes puedan hacer valer su derecho al control y contradicción de la prueba, la práctica de la prueba anticipada requiere la citación o convocatoria de *todos* los que sean parte en el proceso, y esa totalidad incluye, a no dudarlo, al imputado y a su defensor, quienes tienen que tener, más que nadie, la oportunidad de controlar esa prueba.

Lo último expresado hace surgir la interrogante de si resulta posible la anticipación de prueba cuando todavía no se ha determinado o individualizado un imputado en una causa penal que se encuentra, lógicamente, en fase de investigación. La doctrina no ha sido unánime en este punto. Los teóricos alemanes, desde Schönke hasta Roxín, han admitido que ello es posible, pero la inmensa mayoría de los doctrinarios, encabezados por los italianos Manzini, Florian y Leone, y por el francés Gorphe, han concluido que no puede considerarse siquiera la existencia de prueba anticipada si no existe previamente un imputado individualizado en la causa, con un defensor designado, quienes puedan controlar aquella diligencia que pretende hacerse valer como tal.

Por otra parte, y como ya se ha enunciado, la prueba anticipada solo puede recaer sobre la prueba personal, es decir se trata simplemente de adelantar la intervención de testigos o de expertos al juicio oral, en un acto procesal cuyos resultados han de tomarse como si se hubieran producido en el propio debate oral y público. Pero nunca puede anticiparse la prueba por el hecho de que los objetos que hayan de ser examinados corran el riesgo de perecer, pues para ello no hace falta ningún adelantamiento de las diligencias estimatorias, ni periciales ni de inspección, ya que las características de dichos objetos, su ubicación y estado, pueden ser perfectamente fijados en el tiempo mediante actas, fotografías, testigos instrumentales, filmaciones, mediciones, etc., que son las formas ordinarias de plasmación o documentación de los resultados de las

diligencias de investigación durante la fase preparatoria. En este sentido, sería un exabrupto el pensar que la inspección del lugar del hecho o los resultados de un allanamiento puedan ser objeto de prueba anticipada.

Por otra parte, la prueba anticipada en el proceso penal acusatorio no es prueba trasladada, porque se forma en el mismo proceso donde se promueve y valora, y tampoco es prueba preconstituida, porque no se realiza antes del proceso, sino dentro del proceso mismo, aunque en un momento procesal anterior a aquel donde debe surtir efecto.

En otro orden de ideas, si para la fecha en que deba celebrarse el juicio oral, no existieren los impedimentos que determinaron la producción de la prueba anticipada (el testigo o el experto se restablecieron o regresaron), entonces el órgano de prueba concernido deberá comparecer al juicio y la diligencia de anticipación de prueba habrá perdido todo valor. Por tanto, ninguna parte puede oponerse a la asistencia al juicio del testigo que estaba moribundo a la fecha de la prueba anticipada y que luego se recuperó o del experto extranjero que finalmente pudo volver al país, pues su presencia pone de manifiesto la necesidad de prevalencia de la inmediación de la prueba, que se había roto con la anticipación de la prueba y quedaría ahora restituida.

R.- LOS SUCEDÁNEOS DE PRUEBA

Todos sabemos que la legalidad democrática y el sano estado de derecho exigen que no haya procesos sin decisiones, ni absoluciones de la instancia o empates. ¿Pero qué hacer cuando no hay pruebas en un proceso, porque las partes solo han alegado hechos pero no prueban nada o porque un hecho de por si es muy difícil de probar?

En tales caso se aplican lo que denominamos sucedáneos de prueba, es decir los medios que nos permiten decidir un proceso sin pruebas o con un simple principio de prueba. Los sucedáneos de prueba más importantes son las reglas de distribución de la carga de la prueba y las presunciones legales.

En el proceso penal la regla básica de distribución de la carga de la prueba es el sistema unilateral positivo, que sitúa toda la carga de la prueba en cabeza de las partes acusadoras, y que tiene por manifestación concreta el principio *in dubio pro reo*, por lo cual a falta de pruebas el imputado debe ser absuelto.

Por otra parte, la inexistencia de presunciones legales de culpabilidad en materia de derecho penal sustantivo[78], elimina la posibilidad de que un proceso penal sin probanzas efectivas pueda ser resuelto con una condenatoria pronunciada por esa vía.

[78] .- A manera de chiste cruel, se dice que si bien en derecho penal no existen presunciones legales de culpabilidad o responsabilidad penal, de manera lamentable, en ciertos países, un sector considerable de la población considera que un individuo pobre, no blanco y mal vestido, es un presunto delincuente. De esta

5.- LA PRUEBA Y EL PROCESO PENAL

La prueba en el proceso penal, sea inquisitivo o acusatorio, presenta características diferenciales respecto a los procesos civiles, mercantiles y laborales. Estas características vienen dadas por la especificidad misma del objeto del proceso penal, signado por el interés público. Por ello el proceso penal no puede ser iniciado por la mera voluntad de los sujetos procesales, los que tampoco pueden fijar a su antojo los hechos del debate, ni disponer del mismo. De tal manera, esa oficiosidad u oficialidad del proceso penal se refleja inmediatamente en su actividad probatoria.

Aunque en realidad ocurre con harta frecuencia, el proceso penal no debe ser incoado a menos que exista un delito comprobable a partir de la noticia de su existencia (*notitia críminis*). A partir del siglo XIX, esta circunstancia se recoge incluso en los ordenamientos procesales criminales de corte inquisitivo o mixto, en los cuales ya se proclamaba que la base del procedimiento en materia penal es la comprobación o la existencia de un hecho punible y que el cuerpo del delito debía ser constatado mediante alguno de los medios de prueba permitidos por

manera, un cruel prejuicio se transforma en presunción de responsabilidad penal, que a veces trasciende a la práctica del sistema penal a través de funcionarios que sustentan tales prejuicios.

la ley.[79] Es evidente que para esta comprobación el funcionario de instrucción tiene que echar mano de los medios probatorios admisibles en derecho.[80]

Al mismo tiempo cualquiera sea el órgano de instrucción actuante (juez de instrucción, fiscal a cargo de la instrucción o instructor policial), es imposible fijar *a priori* la extensión y características de los hechos investigados y de ahí el carácter abierto de todo sumario o fase preparatoria.

De tal manera, para iniciar el proceso penal y darle ulterior curso es necesario acudir a los medios de prueba para poder fijar el objeto del proceso y perfilar el fondo del asunto. En el proceso civil ocurre todo lo contrario, pues salvo que la demanda sea manifiestamente contrario al orden público y a las buenas costumbres, el juez tiene que admitirla sin que pueda realizar comprobación alguna sobre los hechos que plantea el actor. Por otra parte, el proceso civil puede transcurrir íntegramente sin que el juez deba realizar valoraciones de prueba para decidir determinados incidentes, que en todo caso y salvo respecto a la declaración de existencia de cosa juzgada, no tendrían incidencia en el fondo del asunto debatido. Como acertadamente lo proclama Montero Aroca:

---

[79] .- Sobre este particular el artículo 115 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano, de prevalencia inquisitiva como se sabe, establecía lo siguiente:

> "Artículo 115.- La base del procedimiento en materia penal, es la comprobación o la existencia de una acción u omisión previstos expresamente por la Ley, como delito o falta.
> El cuerpo del delito se comprobará:
> 1°.- Con el examen que el funcionario de instrucción deberá hacer por medio de facultativos, peritos o personas inteligentes, en defecto de aquellos, de los objetos, armas o instrumentos que hubieren servido o estuvieren preparados para la comisión del delito.
> 2°.- Con el examen de las huellas, rastros o señales que hubiere dejado la perpetración.
> 3°.- Con el reconocimiento de los libros, documentos y demás papeles conexionados con el delito, y de todo lo que fuera de esto contribuya también a patentizarlo.
> 4°.- Con las deposiciones de testigos oculares y auriculares.
> 5°.- Con los indicios y deducciones vehementes que produzcan el convencimiento de su ejecución."

Cómo se verá, en ningún lugar de este artículo ni del CEC se decía que con la sola denuncia podía abrirse un procedimiento y menos ordenarse la detención de una persona, sin previa comprobación del cuerpo del delito. El proceder de los jueces de instrucción *secundum lege* se conservó, en general, hasta la Reforma del CEC de 1962, que introdujo en Venezuela la nefasta figura de la instrucción policial. Pero la situación se desmadró después de la referida reforma, pues la policía se acostumbró a detener a personas por simples sospechas, a veces con fines non sanctos. Esta situación se mantuvo hasta la entrada en vigencia del COPP el 1° de julio de 1999. Esperemos que el Código Orgánico Procesal Penal pueda corregir esta situación en un proceso paulatino de culturización procesal penal, que bien pudiera tomar diez años, en su fase inicial..

[80] .- Véase lo dicho arriba y nótese que para comprobar la existencia del delito, a los efectos de abrir o no el sumario, el funcionario instructor debe echar mano de medios probatorios. En este caso la prueba apunta hacia el fondo del asunto.

> "En el proceso civil la admisión de la demanda y el desarrollo completo del proceso puede efectuarse sin que el juez tenga que realizar calificaciones jurídicas materiales de los hechos. La demanda se admitirá si no existe óbice procesal, pero el juez en ese momento no puede entrar a considerar si la demanda está bien fundada y si es posible o no que llegue a dictarse una sentencia estimatoria de ella. De la misma manera, el proceso puede realizarse íntegramente sin que el juez tenga que realizar pronunciamiento alguno sobre el derecho subjetivo afirmado por el demandante. Solo en el momento de dictar sentencia ha de efectuarse por el juez una aplicación del Derecho material o sustantiva, a lo largo del proceso el juez se limita a aplicar las normas procesales." [81]

En el proceso penal, como hemos visto las cosas suceden de manera distinta, pues la necesidad constante de aplicación del derecho material que existe en el enjuiciamiento criminal condiciona la apelación constante a la prueba.

Dicho sea de paso, esta característica del proceso penal es ignorada por numerosos jueces de esta rama de la jurisdicción, que con frecuencia harto alarmante disponen la incoación de procesos penales sin que conste probado que se haya cometido un delito ni haya evidencia de participación de los imputados. Para iniciar el proceso penal, cualquier proceso penal, el funcionario encargado de dictar el auto de proceder, la orden de apertura, o como se llame la providencia que da inicio al proceso, debe determinar si efectivamente los hechos denunciados, querellados o conocidos de oficio, son efectivamente constitutivos de delito, comparando sus características con los tipos penales y luego proceder a comprobarlos mediante los medios probatorios admisibles en derecho, para entonces proceder contra personas determinadas.

En otro orden de ideas, es necesario destacar que el mal llamado "proceso" penal inquisitivo en materia de pruebas se caracteriza por el régimen tarifado de apreciación y por la llamada *unidad de prueba*. La unidad de prueba, se expresa en una máxima, de acuerdo con la cual la prueba del sumario tendrá pleno valor a los efectos de la sentencia definitiva, a menos que sea desvirtuada en el plenario. Esto es una consecuencia de la ausencia de separación entre las funciones de acusar y de juzgar, pues aun cuando exista un juez de instrucción distinto del juez de plenario, la unidad de prueba conduce a una nefasta identificación entre quien acopia la prueba de cargo y quien la valora. Finalmente ello conduce a la conclusión de que no es necesaria la separación entre el órgano instructor y el juez decisor, tal como ocurrió en Venezuela en 1978, cuando fueron abolidos los Juzgados de Instrucción y encargados los Jueces de Primera Instancia en lo Penal de la supervisión de la función instructora realizada por la Policía Judicial. Así ocurrió también en España con la Ley de 11 de noviembre de 1980, que atribuyó directamente a los

[81] .- Montero Aroca, Juan. Principios del Proceso Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. p.102.

jueces de instrucción la celebración del juicio oral en los casos de delitos menos graves por ellos investigados. Esto es terrible, porque en el sistema inquisitivo penal, la actividad probatoria fundamental tiene lugar en un sumario secreto o semi secreto, con una muy remota posibilidad de desvirtuación de la probanza incriminante en el plenario.

6.- MOMENTOS FUNDAMENTALES DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

En el proceso penal basado en el principio acusatorio, la separación entre las funciones de acusar, defender y juzgar, combinada con la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* y con la exigencia de que nadie puede ser condenado contra su voluntad a menos que se demuestre su responsabilidad en un juicio oral y público, determinan inmediatamente un replanteo de la actividad probatoria respecto a lo que sucede en el inquisitivo.

El principio acusatorio determina, a su vez, la necesidad de la separación absoluta entre los órganos que dirigen la instrucción y los que deben decidir en juicio oral, y un desplazamiento de la dirección de la investigación de fase preparatoria desde el poder judicial (jueces de instrucción) hacia la Fiscalía, pues si este órgano ha de ser el titular de la pretensión pública punitiva y tiene además toda la carga de la prueba por mandato de la presunción de inocencia, entonces puede muy bien entenderse que sea el encargado de dirigir la investigación.

De tal manera, el proceso penal acusatorio descansa sobre el principio de la *dicotomía de la prueba*, según el cual la prueba incorporada en la instrucción o fase preparatoria solo tiene como función establecer la verosimilitud de la acusación y la solución de los problemas vinculados con ello (individualización y aseguramiento del imputado y sus bienes, cuestiones de competencia, excepciones, sobreseimiento y apertura a juicio oral), pero no tiene ningún valor a los efectos del juicio oral y de la sentencia que allí se dicte, a menos que sea oportunamente ofrecida, admitida y practicada en el debate oral. Surge así la diferencia entre los actos de investigación (o más propiamente sus resultados) y los actos de prueba *stricto sensu*.

En el proceso penal acusatorio la prueba opera en primera instancia mediante tres fases:

a) Preparatoria o de investigación.

b) Intermedia o de presentación y evaluación de la acusación.

c) De juicio oral o debate, público en principio y por regla general.

En el transcurso de estas fases la prueba se va depurando, transformando y decantando, a punto tal que solo puede hacerse valer en la sentencia definitiva aquella prueba que ha sido efectivamente practicada en el juicio oral.

La fase preparatoria o investigación preliminar está destinada a comprobar la existencia misma del delito y a recabar las evidencias que permitan determinar a los autores y demás partícipes, para acusarlos formalmente ante un tribunal y llevarlos a juicio oral. Es una fase jurisdiccional, casi siempre escrita, que aun cuando conserva como rasgo inquisitivo la búsqueda oficiosa de la evidencia por el órgano director de la instrucción, debe desarrollarse de forma contradictoria desde cuando sean hechos parte en ella el imputado y la víctima, que tienen el derecho a solicitar la incorporación de pruebas, la realización de diligencias de investigación en su favor e impugnar las evidencias ya incorporadas a la investigación y la forma como lo fueron. De esa manera va formándose una masa común de evidencia, de la que pueden servirse todas las partes para acusar, solicitar el sobreseimiento, admitir los hechos o promover excepciones, según el caso.

La fase intermedia o de presentación de la acusación tiene como finalidad comprobar si esta tiene sustento en la evidencia recabada durante la fase de investigación y si se justifica la convocatoria a juicio oral, o si, por el contrario, el resultado de la investigación justifica el sobreseimiento de la causa o la liberación del imputado. Por lo general, en la fase intermedia el imputado, ya convertido en acusado, puede admitir las imputaciones que se le hacen y solicitar que se le sentencie sin más trámite, lo cual será posible si los elementos de convicción contenidos en la causa así lo justifican.

El juicio oral, que solo tendrá lugar si la acusación es admitida en la fase intermedia, consiste en un debate o discusión verbal acerca de la responsabilidad o inocencia del acusado, en un acto preferentemente público, donde deben someterse a la consideración del tribunal las pruebas promovidas u ofrecidas por las partes, que se practicarán en la misma audiencia.

Por tanto, para que una persona pueda ser condenada en el proceso penal acusatorio es necesario que sea llevada a un juicio oral y que en este quede demostrada su responsabilidad, a menos que antes admita voluntariamente los hechos de que se le acusa. De tal manera, salvo en los casos de admisión libre y espontánea de los hechos previa al juicio oral, nadie puede ser condenado si no ha se ha demostrado su responsabilidad en un juicio oral y público, con todas las garantías del derecho a la defensa. Esto constituye el principio del juicio oral y público previo a la condena, como parte integrante del debido proceso. El corolario es aquí el siguiente; nadie que niegue su responsabilidad puede ser condenado sin juicio oral.

El principio anterior trae aparejada una norma rectora que garantiza la justeza del juzgamiento en un sistema acusatorio. Esa norma establece, *grosso modo*, que para *la sentencia que se pronuncie en juicio oral solo tendrán valor las pruebas practicadas en juicio oral y que hayan sido legalmente incorporadas a este.* Esta es uno de los pilares fundamentales del sistema acusatorio y es su principio básico en materia de actividad

probatoria, a diferencia del sistema inquisitivo, en el que las evidencias recogidas en el sumario o investigación previa surten plenos efectos para la sentencia definitiva, a menos que fueren desvirtuadas en el plenario.

Sin embargo, esa regla fundamental de la prueba en el sistema acusatorio ha sido interpretada erróneamente, sobre todo en la doctrina española de la primera mitad del siglo XX[82], en el sentido de que la fase preparatoria o de investigación no forma siquiera parte del proceso penal y que las evidencias recogidas en dicha fase no tienen valor alguno a los efectos del juicio oral y de la sentencia definitiva. Según estas ideas, el proceso penal se inicia a partir de la presentación de la acusación y de su consiguiente contestación, acompañadas de la correspondiente oferta de pruebas para el juicio oral.

Lo anterior no es cierto en modo alguno, como tampoco es cierto que las pruebas de la fase preparatoria sean pruebas imperfectas o inconclusas que deban perfeccionarse en el juicio oral. Estas posturas han venido siendo rectificadas por la doctrina y jurisprudencia españolas a partir de los dos últimos decenios del siglo XX, siempre en armonía con la consolidación del pensamiento jurídico democrático ibérico tras la entrada en vigencia de la Constitución de 1978[83].

En el proceso penal acusatorio, el resultado de las diligencias de investigación realizadas durante la fase preparatoria no constituyen prueba para condenar, ni pueden ser valoradas directamente en la sentencia definitiva, a menos que se promuevan para el debate contradictorio en la fuente adecuada y se practiquen de esa manera en juicio oral. Explicaremos todo esto más adelante, cuando abordemos el punto de la dicotomía de prueba. Sin embargo, ello no quiere decir que el resultado de las diligencias o actos de investigación carezcan en absoluto de valor. Muy por el contrario, las evidencias que resultan de las diligencias de investigación tienen gran peso para el proceso penal, pues, en primer lugar, sirven para fundamentar las diversas solicitudes y decisiones que se producen en las propias fases preparatoria e intermedia y que requieren prueba, tales como la imposición o revisión de medidas de coerción personal o real, las excepciones, el sobreseimiento y la solicitud de apertura a juicio oral. En segundo lugar, esas evidencias son la base o fundamento de las que

---

[82].- Véase RAFAEL DE PINA, *Manual de derecho procesal penal*, 1ª ed., Madrid, Edit. Reus, 1934, pág. 234. LEONARDO PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal penal*, Madrid, edit. Tecnos, 1982, pág. 189. ALDO PRIETO MORALES, *Derecho procesal penal*. La Habana, Orbe, 1973, pág. 59. CARLOS VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, *Lecciones de derecho procesal penal*, t. II, La Habana, Edic. Minjus. s.f., pág. 283.

[83].- Véase *Derecho Procesal Penal*, manual publicado por el colectivo de profesores del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, bajo la dirección del académico ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS y editado por el Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000. En el capítulo 17 de esta obra, escrito por el profesor JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCÍA, en la página 488, existe un parágrafo dedicado a la "Eficacia probatoria de las diligencias policiales y sumariales".

deben ser promovidas u ofrecidas por las partes, y sobre todo por las partes acusadoras, para su práctica en juicio oral.

La prueba es, por tanto, un elemento constante en el proceso penal acusatorio, dada la cantidad de incidencias que deben ser resueltas con su auxilio a lo largo de sus diversas fases. Para cada una de las incidencias que se presentan en las fases preparatoria e intermedia el resultado de las diligencias de investigación es absolutamente válido, siempre y cuando sea legal, útil, conducente y pertinente.

Esta es una situación resultante de la extensión de la necesidad de prueba en el proceso; del *thema probandum*, como dirían unos, o el *objeto de la prueba*, como dirían otros. Como bien expresó EUGENIO FLORIAN: "Probar significa suministrar en el proceso el conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiera para sí o se engendre en otros la convicción de la existencia o verdad de un hecho"[84].

Ese hecho, al que se refiere el maestro italiano, puede utilizarse tanto para decidir una cuestión incidental, como para resolver el fondo de la causa. De tal manera, la actividad del imputado y sus secuaces, encaminada a amedrentar a los testigos de las partes acusadoras, cuyos testimonios servirían de base para imponerle una medida de prisión provisional, podría ser el hecho aportado para resolver esa cuestión incidental[85], en tanto que la localización en la casa del imputado de objetos pertenecientes a la víctima de un homicidio podría indicar la implicación de aquel en dicho hecho (cuestión de fondo).

El convencimiento o certeza que la prueba debe aportarles a los hechos del proceso es lo que denominamos *la función de la prueba*. Todo proceso supone la aplicación de normas jurídicas preexistentes a determinados hechos concretos o la determinación de la norma aplicable a aquellos, de conformidad con su naturaleza y clase. Pero en todo caso, para poder determinar el derecho aplicable al caso y declarar sus efectos, es necesario, antes, determinar la certeza de tales hechos. La función de la prueba en un proceso judicial es precisamente procurar certeza sobre los hechos sobre los que debe recaer el pronunciamiento de la regla de derecho.

Pero el solo planteamiento de la cuestión de la función de la prueba concita una serie de interrogantes. En primer lugar, cabe preguntarse: ¿a quién y cuándo le corresponde fijar los hechos del proceso? La respuesta a esta pregunta depende del tipo de proceso al que nos estemos refiriendo, pues la fijación de los hechos del proceso los divide en dos grupos: los procesos dispositivos y los procesos oficiosos. En los procesos civiles y mercantiles, que son

---

[84] EUGENIO FLORIAN, *De las pruebas penales*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 44.

[85] En un sistema basado en la libertad de prueba, el juez puede perfectamente sacar conclusiones indiciarias de la conducta de las partes en el proceso, sobre todo en aquellas maniobras tendentes a la colusión y el fraude procesal.

los del tipo dispositivo por excelencia, corresponde a los particulares contendores la determinación de los hechos que han de ser objeto del proceso, en tanto que en los procesos penales y administrativos, que son oficiosos por definición, la concreción factual de la controversia corresponde a determinados órganos del Estado.

Ahora bien, en todo proceso la aportación de los hechos justiciables adopta una forma particular: el alegato, generalmente reconocido como la clave para determinar a quién corresponde probar los hechos, lo que, a su vez, dio lugar a la regla más universalmente difundida acerca de la carga de la prueba, según la cual, a cada uno le incumbe probar los hechos que alegue en el proceso. Sin embargo, y como es bien sabido, esa regla, que en principio parece justa y equitativa por igualitaria, resulta ser en ocasiones sumamente injusta, sobre todo en los procesos dispositivos, porque muchas veces quien alega un hecho en su defensa no puede probarlo, sencillamente porque los medios para ello están en manos de la contraparte. En esos casos, para favorecer al débil jurídico, sería necesario invertir la causa de la prueba o autorizar la intervención coactiva del Estado en los predios de las partes para capturar la prueba. Sobre esto ha insistido más de una vez el doctrinante venezolano JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO[86].

Sin embargo, las reglas sobre carga de la prueba no pueden funcionar de igual manera en los procesos dispositivos y en el proceso penal, en razón de los diferentes intereses tutelados por esos tipos de procesos. En los procesos dispositivos, en los que se debaten intereses particulares, es posible el manejo de reglas de carga de la prueba de forma tal que quien nada alegue en su defensa o no se oponga a los hechos de la contraparte, pueda ser tenido por confeso. En el proceso penal, y mucho más en el acusatorio, en el que el valor tutelado es el interés público y cuyo fundamento es la verdad material, la reglas de la carga de la prueba no pueden funcionar de la misma manera, pues la satisfacción de esas premisas exige a las partes acusadoras probar la responsabilidad de los imputados más allá de toda duda razonable. La falta de alegación de hechos exculpatorios por el imputado, la falta de prueba de los alegados, e incluso la falsedad manifiesta de los alegados, no relevan a los acusadores de probar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

De tal manera, las características diferenciales de la prueba en el proceso penal, con respecto al proceso civil o mercantil, y el obstáculo principal para el logro de un cauce procesal común a los procesos dispositivos y oficiosos[87], son: la actividad probatoria

---

[86] Veáse JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO", *Proposiciones de la dirección de la* Revista de Derecho Probatorio *a la Asamblea Nacional Constituyente en materia probatoria",* en: *Revista de Derecho Probatorio* núm. 11, Caracas, Ediciones Homero, 1999, págs. 277-288.

[87] Sobre este punto recomendamos consultar EUGENIO FLORIAN *op. cit.*, cap. I, págs. 69-73, junto con la bibliografía referida allí.

obligatoria del Estado en el proceso penal ordinario y la obligación ineludible de las partes acusadoras de probar sus asertos, con independencia de la actividad probatoria del imputado.

Además, la función de la prueba en el proceso penal[88] tiene también dos aspectos igualmente relevantes; un *aspecto positivo*, que se refiere a la comprobación de la certeza de los hechos alegados por cada parte o por sus contrapartes cuando resulten favorables a quien intente tal comprobación, y un *aspecto negativo*, que consiste en la refutación de los hechos alegados por la contraparte. Esta es una situación que hasta hoy se presenta como casi exclusiva del proceso penal, pues es un corolario de la libertad de prueba. Hasta hoy, y salvo que el proceso civil evolucione hacia los esquemas de prueba libre, en ese tipo de proceso, las partes suelen afirmar hechos contradictorios, afanándose cada uno por probar los que hayan alegado, con la esperanza de que estos excluyan a los de la contraparte por mejor probanza. Y cuando decimos que la libertad en materia de prueba de refutación o contraprueba es casi patrimonio exclusivo del proceso penal, es porque en el proceso civil solo existe en forma de tacha de testigos y de instrumentos, pero fuertemente constreñidas por reglas legales de oportunidad, posibilidad y valoración. En el proceso penal acusatorio, la contraprueba es una posibilidad abierta y constante a todo lo largo del proceso, cosa que no todos nuestros estudiosos han entendido adecuadamente.

7.- LA LIBERTAD DE PRUEBA COMO PILAR FUNDAMENTAL DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

El principio de libertad de prueba, también conocido como principio de prueba libre, consiste en la posibilidad, legalmente consagrada, de acreditar la veracidad o falsedad de los hechos objeto del proceso, por medio de cualquier clase de fuentes de prueba, libremente valoradas por los jueces, sin más limitaciones que la legalidad de dichos medios, las reglas de la lógica y las máximas de experiencia. Por tanto, la libertad de prueba es ante todo libertad de promoción, proposición u ofrecimiento de las pruebas, legalidad en la obtención de las fuentes y libertad en su valoración sin sujeción a tarifas legales.

El principio de libertad de prueba es el único compatible con la razón, con la búsqueda de la verdad material y con el desarrollo de la ciencia y la técnica, que cada día crea o descubre nuevos y más eficientes métodos de investigación. Este es el principio rector del régimen probatorio del proceso penal acusatorio y ha venido a sustituir al viejo sistema de

[88] La función de la prueba en el sistema acusatorio consiste en la comprobación o refutación de los hechos del proceso, para la fundamentación no solo de la sentencia definitiva, sino también de algunas decisiones interlocutorias que requieran de la valoración de hechos concretos.

prueba legal, según el cual solo son admisibles los medios probatorios expresamente autorizados por la ley, que están sujetos a reglas rígidas de valoración (tarifa legal).

Las legislaciones procesales penales que establecen el principio de prueba legal contienen normas que presentan listados *clausus* o cerrados de los medios probatorios admisibles, en tanto que los ordenamientos procesales que tienen como norma la prueba libre simplemente así lo proclaman en uno o varios artículos, sin necesidad de establecer una relación de los medios probatorios admisibles, ya que en principio todos lo son, incluso con proyección de futuro, en cualquier sistema donde rija la libertad probatoria. De tal manera, los ordenamientos procesales penales basados en el sistema de prueba libre se limitan a proclamar la máxima de admisibilidad general, con especificaciones acerca de los límites de la libertad probatoria por razones de utilidad, pertinencia, idoneidad y legalidad de los medios, especialmente de los utilizados usualmente por el Estado para incriminar a los ciudadanos imputados, según el llamado principio *favor regulae* o favorabilidad de las reglas de obtención de la evidencia en favor de los ciudadanos.

8.- EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL

En lo fundamental, la libertad de pruebas implica cuatro manifestaciones o aspectos relevantes, que son:

a. Libertad de las partes para elegir los medios probatorios y el objeto de la prueba.

b. Libertad para determinar el modo de formación de la prueba.

c. Comunidad de prueba.

d. Libertad para valorar el mérito de la prueba.

A.- LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS Y DEL OBJETO DE PRUEBA

La libertad para elegir los medios probatorios y el objeto de prueba implica que las partes pueden, en principio, traer al proceso cualesquiera hechos que tengan relación directa o indirecta con el objeto del proceso e intentar probarlos por cualquier medio útil, conducente y lícito, susceptible de valoración por el sentido común.

Los hechos que pudieran incorporarse al proceso bajo el principio de libertad de prueba podrían ser, tanto los hechos relacionados directamente con la conducta de las personas involucradas en el proceso en calidad de partes, testigos, peritos, postulantes o funcionarios públicos, como aquellos hechos de terceros que pudieran influir en la calificación de la conducta de aquellos. Ejemplo de estos hechos serían, verbigracia, la probable amenaza de muerte proferida por el imputado a la víctima, la relación de parentesco

de un testigo con el imputado, la amistad íntima entre la víctima y algún experto, las declaraciones del juez a la prensa sobre el resultado de la causa, etc.

Estos hechos podrían ser probados mediante testimonios o toda suerte de peritaciones, o de reproducciones gráficas o sonoras de todo tipo, documentos de toda índole, objetos materiales de cualquier clase, hechos notorios, presunciones, máximas de experiencia, estados de ánimo, inferencias indiciarias remotas y, en general, todo elemento que pueda hacer nacer o reafirmar la convicción de los juzgadores sobre las tesis planteadas en juicio conforme al criterio racional.

B.- LIBERTAD DE DETERMINACIÓN DEL MODO DE FORMACIÓN DE LA PRUEBA

La libertad para determinar el modo de formación de la prueba se refiere a la posibilidad que tienen las partes de acceder a la prueba y participar en la actividad probatoria, ya sea asistiendo a los actos (reconstrucciones de hechos, experimentos de instrucción, interrogatorios de testigos, peritaciones, etc.) e interviniendo decisivamente en ellos, proponiendo contraprueba, oponiéndose a la admisibilidad de la prueba de la contraparte o aduciendo su ilegalidad o la nulidad de los actos de donde proviene. Esto, que es mucho más que la simple oposición a la prueba del contrario, es particularmente importante durante la fase preparatoria, aun cuando es una posibilidad que se extiende a la fase intermedia y al juicio oral.

La libertad en el modo de formación de la prueba se extiende también a extremos tales como la determinación libre de quiénes deben ser los peritos, es decir, la libertad de las partes para escoger sus peritos, y queda la idoneidad y capacidad de aquellos a la libre crítica de las otras partes, y a la libre elección de los medios para la fijación o captura de ciertos hechos, ya sea por acta, por fotografía, por testigos instrumentales, por filmaciones, grabaciones, o a través de las diversas formas de la prueba preconstituida (notarial, judicial, registral, etc.).

En este mismo sentido, la libre determinación del modo de formación de la prueba supone la libre elección del modo de proposición o promoción de la prueba, ya sea como promoción material o directa, sujeta a simple admisión, o como promoción de investigación o indirecta, sujeta a ordenación de prueba.

C.- COMUNIDAD DE PRUEBA

La comunidad de prueba es una consecuencia necesaria e ineludible de la aplicación del principio de libertad de prueba, pues todo dato incorporado al proceso por cualquiera de

las partes queda inmediatamente a disposición de las demás partes, que podrán servirse de él en cuanto les beneficie. Toda la evidencia recabada durante la investigación preliminar o fase preparatoria es acervo común de las partes, en tanto así lo manifiesten y la promuevan, tanto para solicitar un sobreseimiento, como para ser utilizada en el juicio oral. A este respecto se debe recordar que en razón de que el sistema acusatorio se funda en la búsqueda de la verdad material, las evidencias traídas a las actuaciones por una de las partes, pueden resultar de provecho a otra de las partes, y viceversa. Por esta razón, en la fase intermedia, al formular sus conclusiones por escrito sobre la fase preparatoria[89] y con vista al juicio oral, las partes pueden manifestar que hacen suyas las pruebas de las otras, a fin de usarlas en su provecho, aun para el caso de que aquellas las renunciaren.

D.- LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Con todo, el principio de libertad de prueba implica su libre apreciación o valoración. En un Estado de derecho verdadero, el principio de libertad de prueba está unido indisolublemente al de su licitud y al de su libre apreciación, pues los hombres libres solo pueden apreciar libremente la prueba libre y lícitamente obtenida, sin menoscabo de su propia integridad y de su conciencia.

La libre valoración de la prueba consiste en que el juez puede dar a cada una de las pruebas presentadas a su consideración el peso que considere conveniente en la formación de su convencimiento, pero con la condición de que explique esas consideraciones en su decisión. Así, verbigracia, el juez tiene plena libertad para estimar que un testigo le aporta mucha más convicción que varias peritaciones o documentos, pero tiene que explicar en qué estriba la cualidad convincente de ese testimonio y qué le hace superior a aquellos otros medios de prueba. De esta forma, la fuente de la convicción debe ser exteriorizada y plasmada en la motivación de la decisión. Así se conjuga la libertad del juzgador con el control de las partes y del público sobre los fundamentos de la decisión y sobre la fuente de la convicción.

Pero libre valoración no significa íntima convicción. La íntima convicción es una forma de valoración libérrima de la prueba, pero en la que el juez o el jurado no vienen obligados a dar justificación de cómo llegaron a su convicción. Sobre este punto MONTERO AROCA nos dice lo siguiente:

> "En contra de lo que tradicionalmente se ha venido manteniendo, el llamado sistema de la prueba libre no se introdujo inicialmente para dar al proceso un

[89] Véase C.O.P.P., arts. 326, 327 y 328.

> elemento de racionalidad, sino para dejar en libertad absoluta al jurado, de modo que por prueba libre se entendió íntima convicción, con lo que esta condujo a la arbitrariedad, a la falta de motivación y a la irresponsabilidad.
>
> La legislación de la Revolución francesa, y sobre todo el Code d'Instruction Criminelle de 1808, partía de la soberanía del jurado, de que este no podía estar vinculado por regla alguna para determinar los hechos que estimaba probados. La íntima convicción se resolvía así en dos postulados:
>
> 1. La valoración de la prueba no consiste en un ejercicio de la razón, sino en una declaración de voluntad; y,
>
> 2. Esa declaración no debe ser motivada ... Aparece así la valoración conforme a la «conciencia», que pasó luego a la mayor parte de los códigos procesales penales de los países vecinos.
>
> Cuando hoy se defiende la valoración de la prueba conforme a la sana crítica o a las reglas del criterio humano lo que se está propiciando es la valoración de la prueba realizada por el juez, no por reglas legales apriorísticas, sino expresando siempre en la sentencia la relación existente entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial"[90].

En ese sentido, en los ordenamientos procesales modernos, fundados en el sistema acusatorio y donde el juzgamiento se realiza por tribunales integrados solo por jueces profesionales o por tribunales mixtos de profesionales y legos, la sana crítica o criterio racional es la base de la apreciación o valoración de la prueba, no solo en lo que se refiere al resultado del juicio oral, sino de todas las incidencias signadas por la necesidad de prueba.

Sin embargo, el sistema de la libre valoración de la prueba conforme a la sana crítica no es precisamente una panacea. El problema consiste en que, al carecer este sistema de reglas expresas y constantes de apreciación (tarifas legales), la valoración de la prueba se sale de los marcos del ordenamiento jurídico para convertirse en un profundo problema ético y cognoscitivo que reclama jueces de gran inteligencia, sentido común y sensibilidad humana y social, capaces de producir la valoración inteligente que el criterio racional reclama.

Así, el jurista español PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ ha dicho, con grave precisión:

> "... Las reglas sobre las que se funda la valoración probatoria no son reglas de procedimiento procesal; no están en las leyes de procedimiento. Es

[90] Véase JUAN MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 161-162.

> evidente que hay reglas, porque la decisión debe ser racional, y lo que no puede ser el juez es un operador mágico. ¿Qué tipo de reglas? Las propias del conocimiento inductivo. ¿Dónde están esas reglas? Lamentablemente ni en los libros de procesal, ni en las facultades de derecho, ni en los centros de formación de jueces. Es un abracadabra, porque provoca temblor y pone los pelos de punta pensar que el núcleo de la jurisdicción, el momento de adquisición de conocimiento en materia de hecho permanece en un vacío legal, porque no es jurídicamente regulable. Es un vacío de cultura, de los operadores, de todos"[91].

Es de resaltar la gravedad de asunto, pues jueces inexpertos, ignaros, sometidos a poderosos intereses políticos o económicos, esclavos quizás de la opinión pública, o urgidos de un salario, nunca valorarán la prueba con criterio racional, y de ahí que la jurisdicción que medianamente se pudiera acercar a esa meta solo es posible en una sociedad que guarde adecuadamente las formas de designación de los jueces, atendiendo a su idoneidad, no ya expresada en términos de imparcialidad formal, es decir, de ausencia de vinculación con las partes o con el objeto del proceso que los haga recusables, sino en términos materiales. Para eso debe ser siempre requisito la escogencia ligada al mérito profesional, la pasantía por el libre ejercicio, la obra escrita que permita apreciar la existencia de criterios formados y su orientación y una vida limpia en lo público y en lo privado que den prueba de una moral cónsona con la que sustenta la comunidad. Sin embargo, en este último punto tenemos que admitir que hay comunidades en las que prevalece como valores la añagaza al prójimo, la propensión a la falsía y la inclinación al latrocinio. Esas comunidades no pueden esperar de sí jueces probos, porque faltaría la cantera para ello.

El juez probo, culto e inteligente es garantía profunda para la libre valoración de la prueba, pero, por encima de cualesquiera condicionamientos, la garantía más elemental y superficial que puede tener el sistema de libre valoración de la prueba conforme a la sana crítica es la obligación del juez de expresar en su decisión su análisis de todos y cada uno de los medios involucrados en la solución del caso o incidente, en la que exponga el mérito que atribuye a cada uno, tanto en lo particular como ante los demás, para finalmente establecer la certeza o incertidumbre de los hechos sometidos a su conocimiento y aplicarles el derecho que corresponda. Por tanto, en un sistema de libertad de prueba, al valorarla, el juez tiene, de manera inexcusable, que realizar las siguientes operaciones:

---

[91] Véase PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, "La jurisdicción: institución para garantizar los derechos humanos". en: *Derecho penal contemporáneo*, recopilación de MIGUEL RUJANA QUINTERO, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pág. 45.

1.- Analizar todos los medios probatorios admitidos y practicados, sin omitir ninguno, es decir, sin incurrir en silencio de prueba, y sin atribuir menciones o determinaciones a las fuentes de pruebas, que estas realmente no contienen (falso supuesto).

2.- Expresar lo que a su juicio indica cada uno de los medios probatorios practicados, de conformidad con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sin dar por sentado un hecho con la mera referencia a la prueba (petición de principio).

3.- Analizar el conjunto de los medios probatorios entre sí, para determinar la dirección en que se encamina la prueba, qué hechos pueden darse por probados y cuáles no y cómo debe ello influir en el fondo de la decisión, y si existe duda razonable o no y en qué consiste.

E.- LAS MÁXIMAS DE EXPERIENCIA, LAS REGLAS DE LA LÓGICA Y LOS CONOCIMIENTOS CIENTÍFICOS COMO NÚCLEO ESENCIAL DE LA LIBRE VALORACIÓN RAZONADA DE LA PRUEBA

El sistema de libre valoración razonada de la prueba o sistema de la sana crítica, como ya hemos visto, no implica una mera y libérrima declaración de voluntad del juzgador acerca de cuáles hechos se consideran probados y cuáles no, sino por el contrario, una declaración fundada en razonamientos, que si bien son el producto de la convicción personal de los jueces, deben ser susceptibles de valoración por terceros conforme a criterios racionales emanados de probabilidades, de la experiencia general o de las relaciones estables y constantes entre diversos hechos, establecidas por la ciencia. De tal manera, la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica está acotada por las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos.

Las máximas de experiencia son reglas generales, extraídas de la experiencia cotidiana como producto de la observación continua de la conducta humana y de los fenómenos naturales que nos permiten predecir cuáles estados de hechos conocidos y comprobados pueden ser la causa o la consecuencia de otros desconocidos pero que pudieran ser sus antecedentes lógicos y probabilísticos. A esa determinación o afirmación de hecho, a partir de una regla de probabilidad lógica, a partir de la regla que la máxima de experiencia comporta, denominamos juicio de hecho. El maestro alemán LEO ROSENBERG consideraba el juicio de hecho como una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos

conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formada, por tanto, mediante reglas lógicas[92].

El maestro FRIEDRICH STEIN define las máximas de experiencia como:

> "... definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, *desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso*, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos ..."[93]. (Bastardilla nuestra).

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con el contenido de esa definición en cuanto a que el juicio hipotético que la máxima de experiencia comporta, esté desligado de los hechos concretos del proceso, pues la vinculación lógica entre unos y otros le da sentido a la máxima de experiencia, en tanto baremo de valoración de la prueba.

La máxima de experiencia está íntimamente ligada a las reglas de la lógica, pues, en la práctica, la valoración de la prueba se comporta como un silogismo en el que la máxima de experiencia actúa como premisa mayor, la fuente de prueba concreta que se analiza en el proceso es la premisa menor y el valor que se le confiera al medio probatorio sería la conclusión o síntesis. En este sentido, la máxima de experiencia actúa como factor de validación o invalidación del medio probatorio y su fuente.

Sin embargo, la enorme dificultad de las máximas de experiencia, cuya existencia algunos incluso han negado, reside en que no pueden ser convertidas en reglas legales, pues se convertirían en tarifas de prueba y quedaría así sustituido el criterio valorativo del juez por el del legislador. Por esta razón, es tanto más que imperativo que los tribunales motiven sus decisiones en punto a la prueba y su valoración para que los sujetos distintos de sus miembros puedan apreciar cómo han interpretado los jueces las máximas de experiencia. Por eso se dice que un sistema de prueba libre no puede funcionar sin un sistema de libre convicción motivada que exteriorice la convicción del tribunal mediante la motivación hasta el punto tal que pueda convencer incluso a aquellos que no presenciaron el juzgamiento.

Por tanto, la máxima de experiencia es una regla promedio de la razón humana ante un estado general de las cosas, que, empero, cada juzgador viene obligado a interpretar para cada caso concreto. Es decir, el juez tendrá que explicarnos si en el caso específico que le

---

[92] Véase LEO ROSENBERG, *La carga de la prueba*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, pág. 164.

[93] Véase FRIEDRICH STEIN, *El conocimiento privado del juez*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1973, pág. 30.

toca decidir se dan todas aquellas circunstancias de hecho que hacen valedera esa regla promedio.

De tal manera, las máximas de experiencia, en tanto reglas de la razón práctica, solo pueden ser deducidas y declaradas para casos concretos, de conformidad con las circunstancias de dichos casos y estarán siempre expuestas a la crítica pública, pues la verdadera medida de la razón está siempre en la colectividad y no en individuos aislados.

En cuanto a las reglas de la lógica, como bien dice el profesor argentino JOSÉ CAFFERATA NORES:

> "La sana crítica racional se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la eficacia conviccional de la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la *lógica* (constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente) ..."[94].

Así, por ejemplo, si se acusa a un alto funcionario de ser el instigador de un atentado contra un dirigente opositor, por el hecho de que un sujeto con características muy similares al autor del atentado, aparece al junto referido funcionario en un video aficionado, tomado el día anterior; la forma más contundente de desvirtuar esa evidencia es la regla lógica del tercero excluido, que consistiría en demostrar que la persona que aparece en el video junto al funcionario no es el imputado detenido *in fraganti*, sino otra persona. De tal manera, por exclusión del indicio incriminador, desaparecería toda vinculación racional del funcionario con el acto terrorista.

Finalmente, los conocimientos científicos son fundamento de la sana crítica, cuando el resultado de la práctica de la prueba es consecuencia de gran probabilidad en los hechos que se intentan demostrar, que se basa en rigurosas relaciones causales establecidas por la ciencia, siempre y cuando la relación entre ambos fenómenos haya sido establecida correctamente. Por ejemplo: la ciencia forense ha establecido con toda exactitud que la deflagración de la pólvora por disparo de arma de fuego provoca emanaciones de partículas de plomo, antimonio y bario que se proyectan en torno al arma. Así, la presencia de estas partículas en la mano ducha de una persona, detectadas mediante prueba de análisis de trazas de disparo (ATD), puede ofrecer gran certeza de que esa persona ha disparado un arma de fuego a mano limpia dentro de las 72 horas anteriores a la toma de la muestra. Eso viene dado

---

[94] Véase JOSÉ I. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1998, pág. 46.

por la relación que la ciencia ha establecido entre el acto de disparar y la impregnación de los residuos de la pólvora en la mano de quien dispara. Sin embargo, el resultado de esa prueba se reduciría a la nada si se probara que la persona a ella sometida trabaja con sustancias que pudieran producir resultados similares o que estuvo manipulando artilugios pirotécnicos, o, simplemente, que la muestra fue tomada violando las reglas de la cadena de custodia de la evidencia (por ejemplo, con el juego de *pines* abierto y sin la presencia de los defensores de las personas incriminadas o de los testigos instrumentales de ley).

9.- LÍMITES DE LA LIBERTAD DE PRUEBA

Como ya hemos visto, la libertad de prueba en el proceso penal acusatorio es amplísima, pero en modo alguno ilimitada, pues todo medio probatorio que se pretenda utilizar en el proceso debe cumplir ciertos requisitos de legalidad en la obtención de la fuente de prueba y de licitud en su incorporación al proceso, y debe cumplir también requisitos de idoneidad, pertinencia y utilidad.

Por tanto, los límites a la libertad de prueba en el sistema acusatorio penal son:

a. La licitud de la obtención de la fuente de prueba.

b. La idoneidad y pertinencia de los medios de prueba.

c. La utilidad de la prueba.

d. Las reglas legales de prueba obligatoria y las prohibiciones de prueba.

A.- LA LICITUD DE LA OBTENCIÓN DE LA FUENTE DE LA PRUEBA. LA CADENA DE CUSTODIA DE LA EVIDENCIA

1.- *La licitud de la prueba.*

El principio de la licitud de la prueba es requisito intrínseco de la actividad probatoria y consiste en que solo son admisibles como medios de prueba aquellos cuya obtención se haya producido conforme a las reglas de la legislación procesal y de los convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Sobre este particular no debe olvidarse ni por un minuto que el proceso penal representa fundamentalmente la actuación legal del Estado contra determinados ciudadanos (los imputados) y que muchas veces la presión de la opinión pública, los intereses políticos y las tendencias autoritarias exigen que aparezcan culpables, cabezas de turcos, conejillos de indias y chivos expiatorios en quiénes justificar la función protectora del Estado en los intereses sociales. El principio de licitud de la prueba es una barrera que erigen las sociedades

democráticas contra aquellas desviaciones del poder punitivo del Estado, pues dicho principio es una exigencia básica para los funcionarios públicos encargados de la persecución penal.

La licitud de la prueba abarca dos aspectos fundamentales que son, en primer término, el aspecto formal o directo, que consiste en el cumplimiento de las formalidades específicas establecidas por la ley procesal o por leyes especiales para la obtención de la evidencia o fuente de prueba. Estos requerimientos están referidos a la necesidad de orden judicial para realizar registros, allanamientos, interceptación de correspondencia, comunicaciones telefónicas o grabaciones directas de personas, o a demandar la presencia de testigos instrumentales imparciales o del imputado y su defensor, allí donde sea posible. En este caso, se dice que estamos ante el llamado aspecto formal o directo del principio de licitud de la prueba, ya que la sola falta o el quebrantamiento de la formalidad exigida debe producir la declaración de ilegalidad de la prueba así obtenida y la consecuente nulidad de los actos en los que haya servido de base.

La demostración de la ilicitud formal de la prueba es relativamente fácil, pues las autoridades de investigación penal, que son las destinatarias de los requerimientos legales, tienen que consignar obligatoriamente en las actuaciones las correspondientes órdenes judiciales y las actas respectivas, de las que podrá apreciarse el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de ley.

Obsérvese que los requisitos formales para la licitud de la prueba constituyen una limitación establecida a la actuación de los órganos de investigación y acusación y en favor del ciudadano, por lo que estas son reglas de libertad que responden al llamado principio de *favor regulae*, que explicaremos más adelante.

En segundo término, tenemos el aspecto indirecto o material del principio de licitud de la prueba, que exige que esta no haya sido obtenida mediante engaño, coacción, tortura física o psicológica, ni por medios hipnóticos o sugestopédicos, ni tampoco por efectos de fármacos, estupefacientes o brebajes enervantes de la voluntad de las personas. En este caso hablamos de sentido indirecto del principio de legalidad de la prueba, ya que quien alegue que la prueba de la parte contraria está viciada por estas prácticas estará obligado a probar sus asertos, a menos que la infracción resulte notoria o pueda ser apreciada por máximas de experiencia. Esta situación es generalmente atinente a los diversos tipos de testimonio, es decir, de testigos, de peritos y de acusados y víctimas.

Entre tanto, existe la llamada “teoría del fruto de árbol envenenado”, o doctrina norteamericana de la ilegalidad indirecta de la prueba. De acuerdo con esta doctrina, una evidencia o prueba obtenida de manera ilegal en un procedimiento contra un ciudadano determinado no podrá usarse contra otro ciudadano, ni contra el primero, aun cuando la

información aportada por la prueba ilegal pudiera ser adverada por un medio legal, ya que, en ambos casos, se trataría de uso indirecto de la prueba ilegalmente obtenida. Esta doctrina se basa en la saludable creencia de los anglosajones de que la policía es proclive al abuso de poder (*police as necessary evil*) y por ello sus actuaciones deben ser escrutadas cuidadosamente. De ahí que una de las características más sobresalientes del sistema procesal penal en Gran Bretaña, Estados Unidos y Canadá, sea la existencia de severas reglas para la obtención de la evidencia incriminatoria (*rules of evidence*).

2.- *La cadena de custodia de la evidencia*

La llamada cadena de custodia de la evidencia es un conjunto de reglas de procedimiento para la obtención y conservación de las evidencias con la finalidad de garantizar la legalidad de la prueba, que pueden estar contenidas en la propia ley procesal o en normas sublegales de carácter administrativo.

La cadena de custodia de la evidencia no es más que el curso vigilado y controlado que deben seguir las evidencias materiales que se obtengan en el proceso de investigación, fundamentalmente en las inspecciones, registros y allanamientos. Dichas evidencias deben ser cuidadosamente preservadas, para que no sean alteradas ni manipuladas, ni en favor ni en contra de persona alguna. La cadena comienza desde la ocupación del objeto, mediante la reseña detallada de su hallazgo, con todas las características posibles, su rápido sometimiento a peritaciones, reconocimientos o comprobaciones necesarias para la orientación de la investigación o los descartes a que haya lugar y, finalmente, su conservación para su exhibición en juicio en su totalidad o mediante muestras indubitadas, cuando no se hayan consumido durante las peritaciones.

Si al imputado se le solicita muestras de sangre o de cualquier tejido, para comprobación o descarte, es necesario que en las actas del proceso aparezca claramente especificado que con anterioridad a la individualización de dicho imputado se recogieron muestras de tejido del probable autor del delito, en el lugar del hecho y que, además, se realizó la correspondiente peritación para determinar el grupo sanguíneo o el ADN del comisor, con el fin de orientar a futuro la investigación. Si tales determinaciones no aparecen de autos, es porque los investigadores violaron los eslabones primero y segundo de la cadena de custodia de la evidencia y, por tanto, la toma de muestras debe rechazarse ante el fiscal del caso por el imputado o su defensor, porque no constando el origen de los tejidos que la autoridad investigadora quiere comprobar, el imputado corre grave riesgo de que sus muestras sean duplicadas y que se diga que una de ellas fue recogida en el lugar del suceso

y que la otra es suya; pero como ambas son en realidad del imputado, todas las peritaciones darán un resultado incriminatorio.

Lo mismo ocurre con los proyectiles y las conchas o casquillos encontrados en el lugar del suceso. Estos deben ser fotografiados a escala y debidamente reseñados, para que no puedan ser sustituidos por otros, ni para inculpar ni para exculpar, pues es bien sabido que la policía y el fiscal, que urgidos por la opinión pública no consiguen al culpable, pueden acudir al feo recurso de sustituir los proyectiles encontrados en el sitio del suceso por otros realmente disparados con el arma del imputado durante la peritación, después de la individualización del imputado y una vez ocupada su arma. También, es sabido que esos mismos funcionarios, tocados por el morbo de la corrupción, pueden ceder a las propuestas de defensores inescrupulosos para sustituir por otros los proyectiles que verdaderamente fueron disparados por el arma del imputado, para que no aparezca como culpable.

Otra de las formas de control de la cadena de custodia de la evidencia es la participación del imputado, su defensor, su consultor técnico o sus peritos en la práctica de peritaciones, reconocimientos, reconstrucciones o experimentos de instrucción durante la fase preparatoria.

Toda prueba que se base en violación de la cadena de custodia de la evidencia es ilícita y nulos los actos realizados para obtenerla, y así lo podrá declarar tanto el fiscal de la causa ante los procedimientos policiales, el juez de control que conoce de la causa y todos los tribunales que intervengan en el conocimiento ulterior del proceso.

B.- LA IDONEIDAD Y LA PERTINENCIA DE LA PRUEBA COMO LÍMITES A LA LIBERTAD PROBATORIA

La idoneidad o conducencia de la prueba es su cualidad de ser apropiada para demostrar los hechos del proceso. Así, por ejemplo, la prueba testifical no es idónea para probar que los cabellos encontrados en las manos de la víctima pertenecen al acusado, pues eso es algo que se sale de la apreciación sensorial ordinaria, que es la fuente de la prueba testimonial. La declaración de testigos, en cambio, sí puede servir, auxiliada de indicios y presunciones, para probar una duda durante el proceso penal.

La pertinencia de la prueba puede definirse como la relación que existe entre un medio probatorio admisible y los hechos del proceso. De tal manera, una prueba será pertinente si está dirigida a acreditar hechos que tienen relevancia para un proceso concreto, en tanto que será impertinente aquella prueba que se refiera a hechos que no tienen ninguna relevancia para el proceso.

El momento de admisión de las pruebas es la oportunidad para que el sujeto admisor u ordenador de prueba se pronuncie acerca de la idoneidad, conducencia o pertinencia de la

prueba, y tal pronunciamiento, si fuere negativo, debe ser sin dudas razonado o motivado, para la salvaguarda de los derechos del proponente, promovente u oferente de la prueba, bien sea por vías de los remedios procesales compositivos (reclamaciones, protestas, quejas, oposiciones, etc.) o por vía de los recursos (súplica, reconsideración, revocación, apelación, casación, etc.).

Es de resaltar que cuando nos referimos a los sujetos que deben pronunciarse sobre la admisión u ordenación de una prueba, hablamos de sujetos admisores u ordenadores de prueba, expresiones estas de carácter omnicomprensivo, el cual abarca no solo a los jueces, admisores y ordenadores de prueba por excelencia, en tanto directores del proceso, sino también a otros sujetos tales como fiscales instructores o sumariadores policiales, que tienen también la facultad de pronunciarse sobre la admisión u ordenación de diligencias probatorias en la fase preparatoria en algunos ordenamientos procesales.

C.- LA INUTILIDAD DE LA PRUEBA COMO CAUSA DE INADMISIBILIDAD DE UN MEDIO PROBATORIO

La utilidad de la prueba es la capacidad de satisfacción de la necesidad de prueba. Por tanto, si no existe necesidad de prueba sobre ciertos hechos en un proceso concreto, o lo que es lo mismo, si existen hechos del proceso que no son objeto de prueba, entonces toda prueba respecto de tales hechos es inútil. Y cuando nos referimos a hechos que no son objeto de prueba, hablamos de aquellos que, o bien son notorios y no necesitan ser demostrados, o bien se trata de hechos ya acreditados por otros medios, o se trata de hechos absolutamente impertinentes cuya prueba no aportaría ningún dato útil al proceso. En todos esos casos, la prueba que se ofrezca para acreditar esos hechos será inútil por superflua.

Sin embargo, no deben confundirse las categorías de idoneidad y utilidad de la prueba, pues un medio probatorio, útil en términos abstractos, puede resultar no idóneo en determinados hechos, y otro medio absolutamente idóneo para probar un hecho concreto puede resultar inútil, porque ese hecho ya está suficientemente probado en el proceso o expresamente admitido por aquel a quien afecta. En términos de CARNELUTTI[95], la idoneidad de la prueba es la relación entre la fuente de la prueba y el medio probatorio, y la utilidad es la relación entre el medio de prueba y el objeto de la prueba; pero esto mismo, dicho en la terminología actual, equivaldría a decir que la *idoneidad de la prueba* es la relación entre el *medio probatorio* y lo que se pretende probar (*objeto de la prueba)*, en tanto que la *utilidad de la prueba* es la relación entre el *medio probatorio* y la *necesidad de prueba*.

[95] Se trata de la terminología utilizada por FRANCESCO CARNELUTTI en su célebre obra *La prueba civil*.

Pero los supuestos de falta de idoneidad de la prueba por impertinencia o inconducencia también acarrean, en última instancia, la inutilidad de la prueba, pues la inutilidad de la prueba puede darse en varios supuestos; unos, relativos a la naturaleza misma del medio probatorio, y otros, relativos al tipo de hechos que se van a probar. En este sentido, un medio de prueba inconducente o impertinente es inútil en fin de cuentas, porque no sirve para demostrar lo que se pretende, como en el caso de la aspiración de probar con testigos que los restos de piel humana que la víctima tenía entre las uñas pertenecían al imputado. Esa ciertamente es una forma de inutilidad, pero la inutilidad de la prueba *propiamente dicha* deriva de una relación supernumeraria con el objeto de prueba. Así, será inútil la prueba sobre hechos que no tienen relación alguna con el asunto debatido (hechos inatinentes), o sobre hechos notorios (prueba superflua), o sobre hechos ya acreditados (prueba excedentaria), o sobre hechos inverosímiles (prueba increíble).

La utilidad de la prueba es un asunto sobre el que deben pronunciarse los sujetos admisores y ordenadores de prueba, en las mismas condiciones y oportunidad en que se pronuncien sobre la idoneidad, conducencia o pertinencia de los medios de prueba propuestos por las partes. Es obvio que la providencia o auto que admite una prueba ya la ha calificado tácitamente como pertinente, conducente y útil, por lo que la declaración expresa y motivada queda reservada para el pronunciamiento de inadmisibilidad por inutilidad, impertinencia o inconducencia, y contra ese pronunciamiento caben los remedios y recursos que la ley autoriza, en el entendido de que siempre debe autorizar alguno[96].

D.- LAS REGLAS LEGALES Y LAS PROHIBICIONES DE PRUEBA COMO LÍMITES DE LA LIBERTAD DE PRUEBA

Los límites de la libertad de prueba expuestos se refieren a situaciones concretas dentro de procesos determinados, pues los supuestos de legalidad en la obtención de una fuente de prueba, o de idoneidad, pertinencia o utilidad de la prueba, deben ser apreciados siempre según situaciones concretas. En el plano abstracto, prejudicial o apriorístico, en cambio, la libertad de prueba en el proceso penal acusatorio está únicamente limitada por aquellas situaciones en las que la ley solo admite determinadas formas de prueba o prohíbe

[96] Las leyes procesales cubanas, por ejemplo, no autorizan ningún tipo de recurso contra las providencias que admitan un medio de prueba, pero contra los autos motivados que denieguen la admisión de un medio probatorio se debe establecer una protesta fundada dentro de los tres días siguientes a la notificación, con el fin de dejar preparado el motivo para el recurso que se interpondrá contra la definitiva. Esto se hace en razón de una saludable creencia, enraizada en la tradición jurídica cubana, acerca de que los recursos en un solo efecto desnaturalizan la recta aplicación de justicia.

ciertas formas de la actividad probatoria. Pero, como ya veremos, se trata de una limitación relativa.

El caso típico de esto es la prueba del estado civil de las personas: en este no ha de admitirse, en principio, ningún otro medio probatorio que no sean las actas o partidas respectivas. Decimos en principio, porque cuando se hubiere alegado una cuestión prejudicial basada en el estado civil y el interesado no hubiere ocurrido ante el juez de lo civil o este no hubiere fallado dentro del lapso que generalmente se le confiere para ello, entonces la situación del estado civil objeto de prejudicialidad podrá ser resuelta por el juez de lo penal bajo el principio de prueba libre, con lo que se verá superada la señalada limitante. En esto consiste el carácter relativo de este tipo de limitación.

En este mismo sentido, si al proceso penal es traído un documento auténtico que da fe de un negocio jurídico, como la compra-venta de un inmueble, por ejemplo, es obvio que aquel contra el que obra dicho documento no puede negar la existencia del contrato o sus condiciones, y en este punto la regla aplicable, en razón del principio de la unidad del derecho probatorio, es la que consagra el derecho civil sobre el valor probatorio de los documentos dotados de fe pública acerca de la existencia de los negocios jurídicos en ellos contenidos, y de la intervención de las partes en ellos. En este punto, la libertad de prueba imperante en el proceso penal no puede rebasar tales normas del derecho civil, en cuyos marcos la preconstitución de la prueba es absolutamente necesaria para el mantenimiento del orden social.

En nuestro caso, la existencia de un negocio jurídico probado por documental pública es incontestable en un proceso penal acusatorio, pues aunque se trate de un proceso de esa naturaleza, el hecho que se trata de probar en su seno, por su esencia, es un hecho civil, un negocio jurídico, aun cuando sirva de indicio de enriquecimiento ilícito o de uso de dineros mal habidos, para probar la responsabilidad penal de un sujeto[97].

La condición de funcionario público no puede probarse en el proceso penal de manera diferente de la certificación de su respectivo nombramiento y del acta de juramentación o toma de posesión, a menos que se trate de un funcionario de hecho. En este punto la doctrina penal ha sido vacilante a la hora de otorgar la condición de sujeto calificado de los delitos contra la cosa pública.

Por tanto, es evidente que allí donde una ley especial exige una probanza específica para los hechos que son propios de la esfera de la vida social que dicha ley regula, esa exigencia constituye una limitación para la libertad de prueba en el proceso penal, cuando tales hechos son debatidos dentro de la jurisdicción punitiva. De tal manera, la prueba de

---

[97] Sobre este punto recomendamos leer a NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA en su obra *Lógica de las pruebas en materia criminal*, t. II, cap. III, "De los documentos especialmente considerados".

ciertos hechos en el proceso penal depende de la naturaleza de dichos hechos y de que estos, tomados independientemente o fuera del contexto del proceso penal, estén sujetos a regulaciones especiales de prueba en la legislación particular.

Sin embargo, eso no implica que esas formas específicas de prueba, exigidas por el legislador particular, estén fuera del alcance de la libre crítica y del libre control de la prueba en el proceso penal acusatorio, pues allí es perfectamente tachable de falsa la escritura pública, tanto de falsedad material como de falsedad ideológica, tal como cualquier otra prueba es criticable por prueba en contrario.

La apreciación definitiva de si una regla legal puede o no ser un límite efectivo a la libertad de prueba en el proceso penal acusatorio tiene que ponerse de manifiesto más en la valoración de la prueba que en su admisión y ordenación. Esto quiere decir que los jueces deben ser muy cuidadosos y manejarse con criterio amplio al admitir u ordenar la práctica de pruebas que a simple vista pudieran contradecir una regla legal, y deben ser amplios en este sentido, bajo la premisa de que en materia de prueba lo que abunda no daña, siempre que esté dentro de lo racional, en el entendido de que una buena masa de evidencia es el mejor norte para la correcta solución de un caso. Por eso siempre recomendaremos a los jueces dejar la determinación de los límites entre prueba libre y formas regladas de prueba para el momento de la valoración o apreciación de la prueba.

10.- LA UNILATERALIDAD DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Una de las características esenciales de la actividad probatoria en el proceso penal acusatorio es la unilateralidad de la carga de la prueba, la cual se concentra en cabeza de las partes acusadoras. Esto es una consecuencia de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo,* que exigen que toda imputación de delito contra una determinada persona debe ser probada por los acusadores más allá de toda duda razonable. Por consiguiente, el imputado no tiene obligación de probar su inocencia.

En el proceso penal acusatorio, la totalidad de la carga de la prueba para las partes acusadoras se refiere solamente a la cuestión principal objeto del proceso, que abarca: la prueba de la existencia misma del hecho con apariencia de delito que se investiga o juzga, la prueba de la responsabilidad del imputado y la prueba de todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (calificantes, agravantes, etc.). Esta carga de las partes acusadoras se mantiene a lo largo de todo el proceso, pues existe desde la individualización del imputado, que tiene que descansar en las llamadas “columnas de Atlas

del proceso penal"[98], pasa por la fundamentación de la acusación y se extiende a la actividad probatoria en el juicio oral.

De tal manera, para que una persona pueda ser tenida por imputado (individualizado) en el proceso penal acusatorio, se necesita una mínima actividad probatoria de la Fiscalía o del acusador privado, que aporte los elementos de convicción necesarios que demuestren la existencia de un hecho punible y la probable responsabilidad de aquella persona. De igual forma, la carga probatoria de las partes acusadoras se extiende al desmentido o refutación de las coartadas del imputado y a la exclusión de toda duda razonable de la responsabilidad del imputado, y elimina toda posibilidad de un tercero excluido, es decir, las partes acusadoras deben demostrar que el imputado, y no otra persona, fue quien tuvo la oportunidad, el móvil y los medios para cometer el delito.

Sin embargo, la exención de carga de prueba para el imputado no es absoluta, pues si bien es cierto que no tiene obligación alguna de aportar la prueba de su inocencia o de que no participó (cuestión principal objeto del proceso penal), sí tiene, en cambio, la carga de probar tres cosas:

1. Los hechos en que funde las causales de recusación que esgrima durante el proceso.

2. Las irregularidades cometidas durante el proceso por los funcionarios policiales y judiciales, cuando no constaren de manera fehaciente en las actuaciones.

3. Los hechos que corporifiquen la nulidad en la obtención de una fuente de prueba, la nulidad de un documento o la parcialidad de un perito o testigo, siempre que no resulten acreditados de autos.

Finalmente, resulta en extremo controversial en la doctrina la cuestión de si el imputado tiene la carga de probar los hechos que pudieran sustentar ciertos obstáculos al ejercicio de la acción penal, tales como la cosa juzgada, la litispendencia o la falta de cualidad del acusador privado. En nuestra opinión, el imputado no tiene ninguna carga de probar esos asertos, pues tratándose de cuestiones relativas al fondo o cuestión principal objeto del proceso, simplemente debe alegarlos de manera circunstanciada, y la carga de la prueba corresponderá a las partes acusadoras, y sobre todo al ministerio público o Fiscalía, en el caso de los delitos de acción pública o perseguibles de oficio.

11.- INMEDIACIÓN PROCESAL Y PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO. EXCEPCIONES DE LA INMEDIACIÓN PROBATORIA.

[98] Las columnas de Atlas del proceso penal son: la existencia comprobada del hecho punible y los elementos de convicción sobre la responsabilidad del imputado.

A.- EL COMPORTAMIENTO DE LA INMEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. INMEDIACIÓN ALEGATORIA E INMEDIACIÓN PROBATORIA.

Como se sabe, la aplicación irrestricta del principio de inmediación está unida a la forma oral de los actos procesales, que permite su desarrollo con la presencia física de los jueces, pues la aplicación de dicho principio implica que los miembros del órgano judicial que deben decidir un asunto escuchen directamente los alegatos de las partes y contemplen personalmente la práctica de la prueba. De este concepto se derivan los dos aspectos esenciales de la inmediación procesal, que son la inmediación alegatoria y la inmediación probatoria.

La inmediación alegatoria es consecuencia de la existencia de audiencias orales, y consiste en que las partes puedan realizar sus alegatos en presencia del tribunal, constituido en sala, el cual deberá resolver, igualmente de forma oral ante las partes, al término de la audiencia. La inmediación alegatoria existe por sí sola, sin estar acompañada por la inmediación alegatoria, cuando la audiencia esté diseñada con el único propósito de escuchar a las partes, y debe el juez resolver de derecho o valorando pruebas previamente recogidas en actuaciones escritas, a las que las partes simplemente hacen referencia en la audiencia.

La inmediación probatoria consiste en la práctica de la prueba frente a los miembros del tribunal, que están obligados a presenciar y percibir a través de todos los sentidos el despliegue vivo de la fuente de prueba en la audiencia y su control y contradicción.

En el proceso penal acusatorio, el principio de inmediación solo funciona plenamente, es decir, en sus dos aspectos, en el juicio oral[99]. No obstante, en las audiencias que se efectúan en las fases preparatoria e intermedia funciona la inmediación alegatoria, más no la inmediación probatoria.

Sin embargo, el hecho de que la enunciación del principio de inmediación aparezca, por lo regular, dentro de la parte general o en los títulos preliminares de la mayoría de los Códigos Procesales Penales ha hecho suponer a algunos comentaristas, no identificados con el sistema acusatorio penal, que tales ordenamientos se contradicen, porque en la fase preparatoria, que se desarrolla en su mayoría por escrito, los jueces que deben decidir sobre asuntos tales como la desestimación de una denuncia, el aseguramiento del imputado o la procedencia de la acusación tienen que hacerlo sobre la base de un material probatorio que no se ha formado en su presencia, es decir, un conjunto de actas procesales que recogen el resultado de diligencias de investigación (testimonios, informes de peritaciones, etc.)

[99] En el juicio oral se manifiestan las dos facetas de la inmediación.

realizadas por policías y fiscales. En estos casos, efectivamente, no hay inmediación procesal de la prueba que el juez debe valorar para tomar ese tipo de decisiones.

No obstante, el hecho de que no exista inmediación de la prueba que debe apreciar el juez para adoptar resoluciones en la fase preparatoria o en la fase intermedia no significa en modo alguno que la inmediación esté absolutamente ausente de esas fases del proceso penal acusatorio, pues ese tipo de decisiones se adopta en audiencias orales (vistas), en las que las partes deban realizar alegaciones ante el tribunal y este debe decidir sobre ellas, generalmente *in situ*. Por tanto, en estos casos estaríamos en presencia de la que solemos denominar inmediación alegatoria.

En las fases preparatoria e intermedia existe la inmediación alegatoria, pues el juez debe estar presente y escuchar los alegatos de las partes en las audiencias para determinar la legalidad del arresto o aprehensión de una persona, para decidir qué medida de coerción personal debe imponérsele a un imputado, para definir la procedencia de un archivo fiscal o de un sobreseimiento o para establecer la viabilidad de una acusación. Sin embargo, la inmediación probatoria no existe en estas fases del proceso penal acusatorio para los jueces, y en estos estadios procesales estos deben decidir sobre la base del material probatorio que hayan incorporado al expediente investigativo tanto la Fiscalía y sus auxiliares (órganos de investigaciones penales), como el imputado y su defensor o la víctima y su eventual apoderado judicial.

La razón de que la inmediación de la prueba exista solamente en el juicio oral es obvia, pues como ya se ha dicho, en esta fase únicamente puede producirse la condena del acusado que se defiende y no acepta los cargos en su contra o los objeta de alguna manera. No debe olvidarse que cualquier decisión que se adopte en la fase preparatoria sobre el fondo del proceso tiene que ser favorable al imputado, ya sea por desestimación de la querella o la denuncia, o por declaración de no haber lugar a continuar el proceso, bien sea por aplicación del principio de oportunidad, por acuerdos reparatorios, por suspensión condicional del proceso, por archivo fiscal o por sobreseimiento. En la fase intermedia todas las soluciones de fondo están dirigidas a la exoneración de responsabilidad del imputado, salvo que este admita, libre y voluntariamente, los hechos de la acusación y el juez encuentre mérito en la causa para condenarlo por admisión de los hechos. Pero obsérvese que en este caso la imputada renuncia a toda defensa y, por tanto, no hay contienda. De tal manera, la inmediación probatoria en el proceso penal acusatorio existe solo en el juicio oral, por la sencilla razón de que para ser condenado en ese tipo de proceso, hay que ser vencido en un juicio oral y público, donde la prueba sea producida, perfeccionada, reproducida e impugnada ante el tribunal que debe decidir el fondo del asunto.

B.- EXCEPCIONES A LA INMEDIACIÓN PROBATORIA

Si bien la inmediación probatoria es propia del juicio oral, en el que se aplica con gran rigor, dicha aplicación puede tener algunas excepciones, plenamente justificadas por su propia naturaleza. Estas excepciones son:

a) La prueba anticipada.

b) El interrogatorio de personas impedidas de asistir al juicio.

c) El interrogatorio de altos funcionarios, legalmente dispensados.

En estos casos podrá considerarse la existencia de una excepción a la inmediación probatoria, cuando las diligencias antes mencionadas se realicen ante un juez distinto del que debe presenciar el debate oral y público de la causa.

1.- *La prueba anticipada como excepción a la inmediación probatoria.*

En términos generales, la prueba anticipada es aquella que se realiza antes de la oportunidad procesal en que debería tener lugar, ya sea por razones de urgencia (*periculum in mora)* o por la necesidad de asegurar la captura de una fuente de prueba fugaz o perecedera (*irrepetibilidad*). De ahí la denominación de "anticipada". Sin embargo, la prueba anticipada no se manifiesta de igual manera en el proceso penal acusatorio como lo hace en los procesos dispositivos.

En los procesos dispositivos (civiles, mercantiles, laborales, etc.) la prueba anticipada es practicada con anterioridad al inicio mismo del proceso y siempre por solicitud del futuro demandante. Por esta vía, la persona que se propone demandar intentará asegurar la fuente de la prueba mediante peritaciones, inspecciones o reconocimientos de lugares u objetos que estén próximos a modificar su apariencia, forma o estructura, o que estén a punto de desaparecer, y por medio del interrogatorio de personas en grave peligro de muerte o próximos a ausentarse por largo tiempo. Para lograr esto, el interesado deberá dirigirse a un tribunal competente y solicitarle que practique u ordene practicar las referidas diligencias y que, una vez practicadas, se le devuelvan las resultas para hacerlas valer en un futuro en un proceso que se proponga iniciar, para fundamentar la demanda ante ese mismo tribunal. Como puede observarse, la prueba anticipada en los procesos dispositivos es simplemente una prueba documental preconstituida.

En el proceso penal acusatorio, en cambio, la prueba anticipada es aquella que, debiendo tener lugar normalmente en juicio oral, se realiza en cualquier estado del proceso anterior a este, con el solo efecto de escuchar de viva voz las deposiciones de testigos y expertos que, por estar gravemente enfermos o lesionados o por tener que ausentarse por

largo tiempo del país o tratarse de un experto extranjero, podrían no estar presentes el día del juicio oral para declarar personalmente. La prueba anticipada en el proceso penal acusatorio puede realizarse en la fase de investigación, en la fase intermedia o en los días previos al juicio oral; es decir, en cuanto se presente la circunstancia que la motive. Por tanto, la realización de la prueba anticipada debe ser solicitada por el fiscal, por el acusador privado o por el defensor, ante el juez competente en la fase procesal correspondiente. Como la prueba anticipada al juicio oral debe realizarse y valorarse como si hubiere tenido lugar en este, en todo caso, la práctica de esta prueba debe realizarse mediante una audiencia oral, en una sala judicial o en el sitio donde se encuentren las personas que deban ser escuchadas. Todo ello con asistencia del juez y de las partes que, debidamente citadas, tengan a bien concurrir a hacer valer su derecho a la contradicción y control de la prueba.

La prueba anticipada es exclusiva del sistema acusatorio como consecuencia de la inmediación y de la dicotomía de la prueba. Por ello, esta noción es absolutamente ajena al sistema inquisitivo.

Esta prueba puede constituirse en una excepción a la inmediación probatoria, cuando su práctica deba realizarse ante un juez distinto del que debe conocer o se encuentre conociendo del juicio oral. Esta situación se presenta en los siguientes casos:

1. Cuando la prueba anticipada sea practicada durante la fase preparatoria o de investigación, en su caso, ante un juez o tribunal distinto del que conocerá posteriormente en juicio oral.

2. Cuando la prueba anticipada sea practicada en la fase intermedia, ante un juez o tribunal distinto del que conocerá en juicio oral.

Sin embargo, cuando la prueba anticipada se practica antes del inicio del debate oral, pero ante el mismo tribunal que luego conocerá del juicio, entonces no puede considerarse la existencia de una excepción a la inmediación probatoria por vía de prueba anticipada, pues el tribunal que ha presenciado su evacuación es el mismo que presenciará la práctica de las demás pruebas en el juicio; existe, por tanto, unidad de conocimiento y de identidad física del juzgador en ambos casos.

b.- *El interrogatorio de personas impedidas de asistir al juicio oral como excepción a la inmediación probatoria.*

Cuando se necesite interrogar en juicio oral a personas impedidas de asistir a ese acto por razones de convalecencia, edad muy avanzada, dificultades de locomoción, etc., será necesario entonces que el tribunal se traslade al sitio donde se encuentra esa persona y se

constituya allí, con la presencia de las partes y sus auxiliares, en la medida de lo posible. En este caso no habría ruptura alguna de la inmediación procesal.

Sin embargo, si para la toma del testimonio del impedido fuere necesario comisionar o enviar despacho, exhorto o comisión rogatoria a otro tribunal, como lo autorizan algunas legislaciones como la venezolana, entonces, con independencia de que ante aquel comparezcan las partes y de que el acto sea recogido en audio o video, se habrá interrumpido la inmediación probatoria, en tanto el tribunal que recibe el testimonio no es el mismo que presencia el resto de la prueba en el debate.

c.- *El testimonio de altos funcionarios dispensados de asistir al llamado de la autoridad, como excepción a la inmediación probatoria.*

En casi todas las legislaciones procesales del mundo existen altos funcionarios y otras personas que están dispensados de concurrir al llamado de la autoridad judicial para rendir testimonio, pero que no están, en cambio, dispensados del deber de declarar. En estos casos la autoridad que interesa el testimonio de esas personas deberá comunicarles el requerimiento y se constituirá, con previo concierto, en la sede del privilegiado para recibir sus deposiciones.

Cuando uno de estos sujetos deba rendir declaración en un juicio oral, el tribunal deberá constituirse en la habitación o despacho del dispensado, con asistencia de las partes y sus auxiliares, para adelantar la audiencia que el acto procesal comporta. En este caso, si el tribunal es el mismo tribunal de juicio, entonces no existirá excepción a la inmediación probatoria, pero si como consecuencia de hallarse el privilegiado en distante región y diversa jurisdicción, entonces sí habrá ruptura de la inmediación probatoria.

12.- LA DICOTOMÍA DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

La prueba en el proceso penal acusatorio tiene una característica única que no se presenta en ninguna otra forma de proceso. Esta característica es la que hemos dado en llamar *dicotomía de la prueba*.

La dicotomía de la prueba consiste en su comportamiento dual durante el proceso, pues siendo esta, en principio, una y la misma, se presenta de cierta manera y con una función determinada en las fases preparatoria e intermedia y de otra manera y con otra función en el juicio oral. Así, la prueba tiene en este sistema un doble aspecto. Apreciada en la fuente escrita y sin inmediación, sirve para resolver los problemas esenciales de las fases preparatoria e intermedia, tales como la comprobación del cuerpo del delito, la

individualización del imputado, su aseguramiento personal y el de sus bienes, el sobreseimiento o la decisión de enjuiciamiento; además, apreciada en la fuente oral y mediante estricta inmediación, tiene como función la demostración de la responsabilidad del acusado en el juicio oral, o de su inocencia, en su caso.

En este punto hay que recordar que en el proceso penal acusatorio rige como principio fundamental el de juicio previo a la condena, según el cual nadie puede ser condenado a menos que resulte vencido en un juicio oral en el que se demuestra su responsabilidad más allá de toda duda razonable y con observancia de todas las reglas del debido proceso. La única manera de que alguien pueda ser condenado sin ser llevado a un juicio oral es que se declare culpable, de manera voluntaria y consciente en una audiencia preliminar ante un juez competente, mediante las diversas instituciones que regulan este tipo de declaración en los diferentes ordenamientos (*plea guilty*, allanamiento a la imputación, admisión de los hechos, conformidad con la acusación, etc.). Por tanto, cuando el imputado proclama su inocencia o rechaza de alguna manera los cargos en su contra, es indispensable ir a juicio oral para determinar su responsabilidad. Y precisamente cuando la causa va a juicio oral, se pone de manifiesto la dicotomía de la prueba como rasgo esencial del sistema acusatorio.

De tal manera, las evidencias recabadas durante la fase de investigación o de indagación (fase preparatoria), siendo en principio las mismas que irán al juicio oral, no se comportan en este de igual manera que en aquellas, pues para ser presentadas en el juicio oral o plenario y ser apreciadas conforme a derecho, tienen que sufrir un proceso de transformación y depuración que está determinado por el primado absoluto del principio de inmediación de la prueba (inmediación probatoria), que rige en el juicio oral y que sencillamente no existe durante la fase preparatoria. Y decimos que las evidencias deben ser en principio las mismas, pues las pruebas nuevas o sobrevenidas son de carácter excepcional.

La dicotomía de la prueba es una característica esencial de los sistemas acusatorios de enjuiciamiento penal, aun de los acusatorios formales o mixtos, en los que se proclama que la prueba del sumario no tiene valor por sí sola si no resulta incorporada y reproducida en el juicio oral, o que los resultados de las diligencias de investigación son solo eso y no pruebas en el pleno sentido de la palabra, hasta cuando no se incorporen legalmente al juicio oral. En el proceso penal inquisitivo rige, por el contrario, el principio de la *unidad de la prueba*, que implica que la prueba recabada en el sumario conservará indefectiblemente todo su valor probatorio, a menos que sea desvirtuada en el plenario. La dicotomía de la prueba, como dictado inflexible de la inmediación probatoria, existente en el juicio oral, dentro de un proceso donde las fases anteriores carecen de ella, implica todo lo contrario, pues las pruebas del sumario (fase preparatoria) no tendrán ninguna validez en el plenario (juicio oral), a menos que se promuevan, admitan y practiquen, legalmente, en el debate oral.

De acuerdo con esto, la dicotomía de la prueba acarrea indisolublemente dos situaciones o corolarios que son su consecuencia directa: *la decantación de la prueba y la metamorfosis de la prueba*.

La decantación de la prueba es la depuración o filtrado que experimentan las fuentes y medios de prueba como resultado de las actividades de promoción (ofrecimiento), admisión, inadmisión, práctica y renuncia de las pruebas, que desarrollan las partes y los órganos judiciales desde la conclusión de la fase investigativa, preparatoria, procedimiento preliminar o sumario —que con todos esos nombres se le conoce— hasta el momento en que se dicte la sentencia definitiva de primera instancia, tras el juicio oral.

La depuración que la decantación de la prueba implica se produce desde el momento mismo en que la Fiscalía presenta su acusación y selecciona, dentro del universo de diligencias de investigación practicadas en la fase preparatoria, aquellas que por sus resultados considera útiles, legales, pertinentes y conducentes para su presentación en juicio oral y desecha las demás. Al hacer esto, la Fiscalía estaría filtrando (decantando) la masa de evidencia de la fase preparatoria. La parte acusadora privada hará lo propio, al igual que el imputado y su defensor. Los resultados de las diligencias de investigación que no hubieren sido promovidas por las partes para el juicio oral quedarían definitivamente fuera del proceso.

De igual manera, los medios de prueba que, ofrecidos por las partes para el juicio oral, fueren declarados inadmisibles por el tribunal durante la fase intermedia, podrían quedar definitivamente fuera del proceso, es decir, decantados, a menos que exista la posibilidad de que puedan ser reincorporados al proceso por reiteración de la promoción o por vía de los recursos.

Finalmente, si llegada la hora del juicio oral las partes renuncian de consuno a la práctica de alguna de las pruebas propuestas y admitidas oportunamente, entonces esas pruebas quedarían igualmente fuera del proceso de manera definitiva.

De tal manera, a la postre, el tribunal de juicio solo podrá fundar su sentencia en la prueba que haya sido legalmente practicada en el juicio oral y en la prueba anticipada, en su caso, pero no podrá basar su fallo en ninguno de los medios probatorios que haya quedado definitivamente decantado.

Entre tanto, la metamorfosis de la prueba es la transformación que experimentan los resultados de las diligencias de investigación recabadas durante la fase preparatoria (evidencias) para ser presentados en el juicio oral. Se trata de una transformación del medio probatorio por fuerza de la oralidad y de la inmediación.

Así, la declaración escrita del testigo (entrevista), que no fue rendida ante el tribunal de juicio, dejará de ser el vehículo portador del testimonio, para ser sustituida por la declaración personal y de viva voz del testigo; los documentos dejarán de ser infolios, para

ser vertidos a la fuente oral mediante su lectura; las peritaciones dejarán de ser informes escritos para tomar la forma de exposiciones orales de los expertos; y los objetos materiales deberán ser exhibidos y explicados. El tribunal que controla las fases preparatoria e intermedia examina estas pruebas en fuentes escritas y de manera indirecta y sin inmediación, en tanto que el tribunal de juicio examina la prueba preferentemente en la fuente oral y de manera inmediata. Las reglas de la dicotomía de la prueba tienen como finalidad práctica el control de la aplicación del principio de inmediación de la prueba en el juicio oral, para evitar que sean apreciadas en la sentencia definitiva de primera instancia o en las sentencias que resuelvan los recursos, probanzas que no hayan sido incorporadas y practicadas legalmente en el juicio oral.

Desde el punto de vista metodológico, debemos advertir que la doctrina no ha dedicado mucha atención a este punto de la dicotomía de la prueba, y en el caso de los teóricos españoles, franceses e italianos, apenas si tocan el punto de soslayo al referirse a la inmediación procesal. En especial, los doctrinarios españoles, en particular, no han dedicado mucha atención al punto, y salvo JUAN MONTERO AROCA[100], insisten en la afirmación de que el resultado de las diligencias de investigación realizadas en la fase preparatoria no constituyen prueba.

Eso, a nuestro juicio, es inexacto, pues si bien esos resultados no constituyen prueba para condenar sin juicio oral y tampoco pueden ser utilizados para condenar en juicio si no son incorporados al debate en forma legal, no es menos cierto que los resultados de las diligencias de investigación son indispensables para acreditar (probar) las circunstancias de hecho que se tomen como fundamento para incoar la causa, individualizar al imputado, imponerle medidas cautelares, acusarlo o sobreseerle. Negar esto sería incurrir en severas contradicciones, como aquellas en que incurren en España, cuando se niega el carácter probatorio de los actos de investigación y luego se usan para fundar los autos de procesamiento, que atan a los imputados al proceso y los abruman con sus cargas. De igual manera, semejante concepción acarrearía la errada conclusión de que no puede solicitarse la nulidad de un acto de investigación durante la fase preparatoria, por ilicitud en su realización, con el argumento de que eso no es prueba aún, cuando, paradójicamente se estaría usando el resultado de ese acto de investigación para restringir la libertad del imputado.

Entre los autores latinoamericanos, solo CAFFERATA se ha acercado al meollo del problema de la dicotomía de la prueba en el proceso penal acusatorio, cuando reconoce que existen diversas formas de manifestación de la prueba en las diferentes fases del proceso[101].

---

[100] Véase JUAN MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*. *Una explicación basada en la razón*, *op cit.*, pág. 151.

[101] Véase JOSÉ I. CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, págs. 9-12.

Sin embargo, su obra se limita a comprobar este fenómeno desde el punto de vista de los estados intelectuales del juzgador en cada fase procesal y no se extendió a la consideración de la decantación y la metamorfosis de la prueba.

Como conclusión, podemos decir que la dicotomía de la prueba se resume en los siguientes postulados:

1. Las fuentes de prueba que se examinan en el juicio oral y constituyen el fundamento de la sentencia deben ser incorporadas al proceso, como regla general, desde la fase preparatoria, salvo las pruebas nuevas o sobrevenidas legalmente admisibles.

2. Las fuentes de prueba recogidas en la fase preparatoria, para poder ser examinadas en el juicio oral, deben ser oportunamente descubiertas, promovidas y admitidas (decantación de la prueba).

3. Para su examen en juicio oral, las fuentes de prueba deben pasar de las actas escritas en que fueron recogidas durante la fase preparatoria, a la fuente oral, para satisfacer los requerimientos de la inmediación que prima en el juicio (metamorfosis de la prueba).

4. Las fuentes de prueba que no hayan sido examinadas en juicio oral no pueden ser tomadas en consideración (valoradas) en la sentencia definitiva.

13. CONTRADICCIÓN Y CONTROL DE LA PRUEBA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Una de las exigencias esenciales del derecho a la defensa consiste en que todas las partes en un proceso puedan conocer los medios de prueba de que intentan valerse sus contrapartes, asistir a su práctica o evacuación, cuando ello sea posible, y ser informadas, además, del resultado de la práctica o evacuación de aquellas que no pudieron ser presenciadas y del modo como se efectuaron los actos procesales correspondientes. Ese acceso que debe tener cada parte a las pruebas del contrario, a fin de saber cuáles son y cómo han de ser practicadas, se denomina el control de la prueba, que es uno de los presupuestos esenciales de la sana actividad probatoria en un debido proceso.

Pero las exigencias del derecho a la defensa en la prueba no se agotan en lo dicho, pues cada parte tiene que tener la posibilidad legalmente consagrada de contradecir o impugnar la prueba de las demás por medio de la tacha o mediante la promoción de una prueba en contrario. Mediante la contradicción de la prueba, también llamado principio de contradicción, cada parte tiene la posibilidad de denunciar la ilegalidad, la impertinencia, la inconducencia o la inutilidad de la prueba de la parte contraria, pues la apreciación de esos extremos no puede dejarse únicamente a la apreciación *ex officio* y *bona fide* del juez.

En los procesos regidos por el principio dispositivo (civil y mercantil, fundamentalmente), las diversas formas de control y de contradicción de la prueba están

generalmente sujetas a lapsos preclusivos, fuera de los cuales no es posible ejercer tales derechos. Esto es perfectamente acorde con la naturaleza de ese tipo de procedimientos, regidos por interés privado y donde las partes pueden fijar voluntaria y asertivamente los hechos del proceso, de lo que se deduce que también pueden controlar el tipo de prueba de que intentan valerse para probarlos. Esa limitación de la oportunidad procesal para ejercer el derecho a controlar y a oponerse a la prueba se circunscribe al lapso probatorio o de pruebas, como fase característica de los procedimientos dispositivos y dentro de tal lapso o fase, a lapsos aún más cerrados, generalmente situados después de la oportunidad de promoción, en el caso de los alegatos de ilegalidad, inconducencia o impertinencia, o después de la práctica de una prueba en particular, en ciertos casos de tacha.

En los procedimientos penales de corte inquisitivo, caracterizados por una fase sumarial secreta en la que el imputado y su defensor no pueden intervenir, la posibilidad de control y contradicción de la prueba es muy limitada. Esa limitación de la posibilidad de control y contradicción de la prueba por el imputado en el procedimiento penal inquisitivo es una de sus características más nefastas.

En el procedimiento penal acusatorio la posibilidad de control y contradicción de la prueba está presente a lo largo de todo el proceso, incluida la fase investigativa, y ello se pone de manifiesto desde el momento mismo en que se produce la instructiva de cargos o formulación de la imputación, que es la comunicación que el funcionario instructor debe hacerle al imputado del hecho o hechos que se le imputan, su posible calificación jurídica y los elementos de convicción o probanzas que obran en su contra. De tal manera, al imputado hay que darle a conocer los hechos que se le atribuyen desde el momento mismo de su incorporación al proceso, sea que comparezca *motu proprio* o sea aprehendido o capturado.

Igualmente, en el sistema acusatorio para adoptar cualquier medida de aseguramiento personal o real sobre el imputado, el tribunal tiene que comprobar que existe un hecho punible concreto y no prescrito y que existen elementos para considerar que aquel está incurso en él, lo cual implica un debate de prueba ante el juez, en el que las partes acusadoras tienen que mostrar las pruebas que acreditan la existencia del delito y la posible responsabilidad del imputado.

Finalmente, en el sistema acusatorio el imputado tiene, desde la instructiva de cargos, la posibilidad de pedir al órgano instructor la práctica de diligencias de investigación encaminadas a desvirtuar las imputaciones que se le hacen, y ello, obviamente, incluye la contradicción de la prueba de cargos y la búsqueda de la prueba de descargo.

Si por otro lado analizamos la causa de la amplitud y la indeterminación de la contradicción de la prueba en la fase preparatoria, en cuanto a que no se atiene a un lapso preciso para eso, tendremos que concluir que ello se debe, *a contrario sensu* de lo que ocurre

en los procesos dispositivos, a que la fijación de los hechos imputados y sus correspondientes probanzas no dependen de la mera actividad de las partes acusadoras, sino del avance de las investigaciones y de sus —en ocasiones— caprichosos avatares, donde muchas veces está presente hasta el azar. Por eso, con el desarrollo de las investigaciones, una causa originalmente incoada por un delito culposo con ocasión de un accidente de tránsito puede convertirse, incluso por un hallazgo casual, en caso de drogas o de simulación de hecho punible y quizás, en tiempos revolucionarios, en un caso de rebelión militar o de magnicidio frustrado. Por ello nadie puede limitar a un lapso cerrado o preclusivo el momento de contradicción de prueba en la fase preparatoria, pues esta, por paradoja del mismo sistema acusatorio, puede ser terminada por el ejercicio mismo de la contradicción de prueba por el imputado y su defensor. Esa es la esencia de los alegatos sobre nulidad de pruebas y de excepciones en la fase preparatoria.

La única y verdadera limitación a la contradicción de prueba en el proceso penal acusatorio es la llamada *reserva de actas*, que no es otra cosa que la denegación de acceso al imputado y su defensor, o a la víctima, a ciertas actuaciones, tales como las órdenes de practicar diligencias de investigación, o el resultado todavía no asegurado de ciertas fuentes de prueba, para que el imputado no se entere de cuál es la evidencia que intentan obtener o asegurar las autoridades y no pueda interferir en ello.

Pero hay que llamar la atención del lector, en el sentido de que la reserva de actas no puede servirle de pretexto a la Fiscalía para oculto al imputado y su defensor las diligencias de investigación que se usan para incriminarlo, cuyo resultado ya esté "asegurado" y no puede ser cambiado, ocultarlo o amañado por el imputado. Eso sería una deslealtad procesal y una negación del derecho a la defensa que no debería ser realizada ni permitida por fiscales honestos ni tampoco debe ser tolerado por los defensores, y sobre todo por los jueces, que son, en última instancia, los llamados a proteger los derechos de las partes en el proceso.

La reserva de actas es una institución diseñada para equilibrar un tanto la balanza entre la sociedad agredida por el delito y la actuación subrepticia o ventajista del delincuente, para evitar la obstaculización de la investigación por este. Es lógico que al imputado no se le informe *a priori* que será grabado o que su vivienda será allanada, pues estaría prevenido y podría hacer desaparecer los rastros del delito. Pero después que ya se le grabó o que se realizó el allanamiento, y que estas evidencias hayan sido debidamente aseguradas, ya no hay razón alguna para no mostrarle esos resultados al imputado para su defensa. Infortunadamente, detrás de los decretos de reserva de actas, adoptados con infracción de esa infalible regla de la lógica, se oculta la ineficiencia y el encono, y parece que si esta regla no fuera elevada a la categoría de norma jurídica, por vía de la reforma legal o por conducto de la jurisprudencia, la ignorancia y la mala fe seguirían ocultando su sencilla *ratio essendi*.

En la fase intermedia del proceso penal acusatorio, la contradicción de la prueba adquiere carácter de franco debate, puesto que uno de los contenidos fundamentales de esa fase es criticar la prueba en que se basan las acusaciones, tanto de la Fiscalía como de la parte acusadora privada. Este debate debe darse, en forma de alegatos contradictorios, en la audiencia preliminar y de manera oral.

Esto quiere decir que la fase intermedia es una gran oportunidad para que cada parte se pronuncie sobre la legalidad, la conducencia, la pertinencia, la idoneidad y hasta la efectividad o eficacia de los medios probatorios de que intentan valerse las demás para el juicio oral, y para hacer la crítica de los resultados de las diligencias de investigación realizadas en la fase de investigación o instrucción. En este sentido, la audiencia preliminar es la oportunidad para que la defensa critique, tanto en la forma como en el fondo, la prueba en la que el fiscal y el querellante fundan sus acusaciones. También es la oportunidad para que aquellos hagan lo propio con la prueba que el imputado y su defensor hayan traído a la fase preparatoria y que aleguen ser suficiente para haber desvirtuado los hechos imputados.

Así, en la audiencia preliminar el juez puede verse obligado a valorar si unos elementos de prueba son idóneos o no para admitir la acusación y decretar la apertura al juicio oral, y en caso afirmativo, admitirlos, a su vez, como buenos para el juicio oral. Pero en caso contrario, la valoración de los resultados de la investigación (pruebas y no otra cosa se llama eso, creemos) conducirá a que no hay mérito para continuar el proceso y se decretará el sobreseimiento. En ambos casos deberá el juez motivar su decisión.

En cuanto al juicio oral y público, su propia denominación de "debate probatorio" implica que la contradicción es su esencia. Allí se contradice todo; se enfrentan y contraponen unos expertos a otros, hayan evacuado peritaciones o no en la fase preparatoria; y los expertos, a su vez, pueden ser confrontados por los consultores técnicos de las partes. Pueden carearse los testigos entre sí, y estos, a su vez, con los imputados, si estos se prestaren a ello. En el juicio oral, las partes pueden hacer todo tipo de observaciones sobre las pruebas materiales del proceso y hasta proponer pruebas nuevas si revelaciones o situaciones inesperadas surgieren o si se tratare de desvirtuar el dicho de un testigo.

Además, todo experto o testigo puede ser repreguntado. Y no es que esperemos desvirtuar el dicho de un testigo con la mera repregunta, como si se tratare de una suerte de prestidigitación verbal más allá de todo lo que imaginaron un día HUGO GROSS y FRANÇOIS GORPHE. No, cuando decimos que la repregunta en juicio oral es la oportunidad para contradecirlo y refutarlo, tenemos en cuenta, en primer lugar, que en la fase preparatoria debimos llevar a las actuaciones material suficiente donde afincar la repregunta y, en segundo lugar, que es necesario proveerse con anticipación de buena información sobre los testigos de la contraparte, por medio de investigadores privados, de policías "amigos" que escudriñen

en los antecedentes de todo tipo de nuestro testigo los datos que sobre ellos nos proporcionan el imputado, su familia y sus amigos; nuestros conocimientos privados, la información que otros han traído al proceso y un largo etcétera que solo la infinita y cambiante variedad de la materia puede emular.

Pecaríamos de ilusos si pensáramos que la sola habilidad del buen interrogador puede descalificar la versión de un testigo o hacerle caer en contradicciones. Pero nadie puede negar, tampoco, que durante los simples interrogatorios durante el juicio oral, aun sin las celadas en que un buen interrogador pueda hacer caer al declarante, es posible que este incurra en inexactitudes o afirmaciones contradictorias que pueden ser perfectamente explotadas por quien repregunta, sin necesidad de conocimientos previos sobre las debilidades o motivaciones del testigo. Sobre esto existe más de una veintena de tratados y monografías.

Pero, cuando hemos asegurado en otros trabajos que la tacha o contradicción de los testigos en el juicio oral no requiere incidentes especiales, del tipo de audiencias separadas, articulaciones probatorias o piezas aisladas, que se aparten del curso principal del debate, hemos querido decir, y lo explicitamos ahora, que toda crítica, observación u objeción que tengamos sobre un testigo debemos producirla en el momento de la repregunta. Ese es el momento para sacar la fotografía donde el testigo, que negó conocer al imputado con anterioridad a los hechos justiciables, aparece junto a este en un homenaje que le brindó años antes en "su" casa (valga la ambigüedad del pronombre posesivo). Ese es el momento para recordarle al testigo que está incurriendo en contradicción sobre lo que había declarado en la fase preparatoria, o para pedirle que nos demuestre que puede distinguir y describir el objeto que una persona le mostrará desde el fondo de la sala. Todo ello será posible, claro está, si el juez actuante sabe que eso forma parte de la libertad de prueba, pues si el juez es de los que piensan que todo tiene que venir escrito en la ley para ser admisible, entonces estaremos perdidos. Si algún juez piensa así, le pedimos sinceramente que se arrepienta. Pero sabemos que algunos, aun cuando se vean retratados en este "paradigma", no lo confesarán, pero dirán para sus adentros: "¡Cuánto queda aún por aprender antes que el juicio oral sea una realidad vívida y garantista en nuestra sociedad!" Pero para allá vamos.

14.- LOS MEDIOS ESPECÍFICOS DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. LIBERTAD Y LA PLURALIDAD DE MEDIOS

Seguramente el lector podría quedar un tanto confundido por el título del presente epígrafe, denominado "Los medios específicos de prueba en el proceso penal acusatorio", y con toda seguridad se preguntará ¿acaso no nos había dicho el autor en el capítulo anterior que el

proceso penal acusatorio se caracteriza por la libertad de prueba y que, según esta, todos los medios son admisibles? ¿cómo es que ahora nos habla de medios específicos?

En realidad no hay nada contradictorio entre la afirmación de la libertad de prueba en el proceso penal acusatorio y el estudio de los medios específicos de prueba en ese tipo proceso.

En primer lugar, el estudio de los medios específicos de prueba se refiere, ante todo al comportamiento concreto de los medios nominados más importantes en el proceso penal acusatorio, vale decir, el tratamiento que allí tiene la prueba testimonial, la pericial, la documental y la indiciaria, así como otras especies de perfil mucho menos definidos o de carácter híbrido, como las reproducciones, los reconocimientos, la prueba material o de objetos, etc., que suelen avenirse a los rasgos de uno otro medio clásico.

En segundo lugar, si bien se ha dicho que la libertad probatoria consiste en la posibilidad de probar cualesquiera hechos con cualesquiera medios, con tal de que ello resulte legal, pertinente y útil, en realidad el enunciado de este principio no debiera referirse tanto a la libertad de medios de prueba, como a la libertad de fuentes de prueba. El medio, desde el punto de vista doctrinal que hemos adoptado, es el vehículo que transporta el dato o signo, que contiene la información probatoria, desde la realidad exterior al proceso mismo y, por ende, al conocimiento del tribunal. La fuente de prueba, en cambio, es el dato o signo mismo. Así, entendemos al medio probatorio como el envase, continente o portador de las fuentes de prueba, las cuales serán el contenido de los medios

De tal manera, la clasificación de los medios de prueba en la doctrina, es mucho más estable y permanente que la clasificación de las fuentes de prueba, las cuales están en constante renovación y desarrollo, conforme avanza la ciencia, la técnica y el conocimiento humano en todos los órdenes. En ese sentido, por ejemplo, la prueba testimonial es un receptáculo donde puede tener cabida, tanto la declaración de una persona viva, como la declaración de una persona ya fallecida, si fuera posible en un futuro obtener de ésta un testimonio confiable a través de un médium o de un aparato creado al efecto. Igualmente, la prueba pericial es el vehículo que trae al proceso la mayor parte de las fuentes de prueba que resultan de los avances científicos, tales como el ADN, las ATD, la dactiloscopia, etc., las cuales no pueden ser apreciadas por los jueces sin el debido concurso del experto.

Por tanto, lo que nos proponemos en este capítulo, es el estudio del comportamiento de los medios de prueba más usuales en el proceso penal acusatorio y de las fuentes de prueba que bajo ellos se cobijan.

A.- LA PRUEBA TESTIMONIAL

1.- *El testimonio y la cualidad de testigo*

En los marcos del proceso penal, el testimonio es el medio de prueba que tiene como finalidad la comprobación o la refutación de la ocurrencia de ciertos hechos a través de las manifestaciones que realizan determinadas personas, distintas del imputado y de la víctima, a las que denominamos testigos. Por tanto, muy lejos de cierta doctrina, demasiado apegada al principio dispositivo propio del proceso civil, consideramos que puede definirse al testimonio como la manifestación que realiza un tercero en el proceso ante un funcionario legalmente facultado para recibirla. Sin embargo, ello cual no implica que la víctima no pueda testimoniar, como veremos más adelante.

En todo sistema procesal que tenga al juicio oral como fase decisoria fundamental, el testimonio tendrá siempre tres elementos esenciales: el órgano de prueba o portador vivo de la información, es decir, la persona del testigo; el medio o vehículo propiamente dicho, que es no es otra cosa que la manifestación o dicho del testigo, que introduce elemento ideológico en el proceso; y, finalmente, el contenido mismo del testimonio, que es la verdadera fuente de prueba o información a ser evaluada. Resumiendo, tendremos que concluir que no basta que exista un testigo, sino que es necesario que este testigo se exprese de manera clara e inteligible y que, además, lo que diga sea realmente útil y pertinente.

El testimonio es el medio de prueba por excelencia en el proceso penal, pero en el sistema acusatorio donde a diferencia del sistema inquisitivo impera la exclusión de las tarifas legales, la relación de la persona del testigo con el acusado o con la víctima no es óbice, por sí sola para la desestimación de su testimonio, por lo cual no existen aquí procedimientos para la tacha de los testigos por razones de parentesco, amistad, enemistad, o dependencia económica, respecto a las partes. Cualquier falta de imparcialidad o de objetividad en el testigo simplemente debe ser puesta de manifiesto mediante la contraprueba eficiente, bien durante la fase preparatoria, durante el interrogatorio mismo en juicio oral o en los informes orales conclusivos del debate, y en todo caso, corresponderá al tribunal competente valorar la eficacia de la crítica del testimonio en los fundamentos de la decisión que corresponda en cada fase del proceso. Por esta razón no existe en el proceso penal acusatorio ningún tipo de incidente o de procedimientos interlocutorios sobre este particular, ni en la fase preparatoria, ni en la fase intermedia, ni en el juicio oral, distintos del curso ordinario del proceso. La crítica de la prueba testifical puede realizarse por cualquiera de los medios de prueba admisibles en derecho.

En cuanto a quiénes pueden ser testigos en el proceso penal, hay que señalar que pueden serlo todos aquellos terceros que estén en capacidad de aportar un conocimiento útil al proceso,

bien porque hayan presenciado directamente un evento o porque hayan conocido de él por otros medios. Por tanto, la condición de testigo no depende de que exista un proceso jurisdiccional, es decir, no es en esencia una categoría procesal, sino una circunstancia absolutamente objetiva, una situación de la vida material, con independencia de que el testigo, una vez que viene al proceso a rendir testimonio, se convierta en un sujeto procesal o interviniente en el proceso.

El testigo no es un mero informante en la fase preparatoria, pues si así fuera su testimonio estaría fuera de toda crítica o no sería accesible ni para el imputado ni para la víctima. Informante es todo aquel que comunica a las autoridades de investigaciones penales, datos susceptibles de comprobación por otros medios distintos de su propio testimonio, en razón de que tal testimonio pudiera ser irrelevante o inconveniente.

2.- *Informantes*

Los informantes son aquellas personas que aportan información al proceso, básicamente en la fase de investigación, pero que no son llamados a rendir declaración formal. Se clasifican en dos grandes grupos:

a.- Informantes reservados, e

b.- Informantes públicos.

Los *informantes reservados* son personas que suministran datos a los investigadores penales, pero cuya identidad no puede ser revelada en el proceso, ya bien sea por razones de seguridad de sus propias personas o por tratarse de agentes encubiertos de los cuerpos policiales. Cuando los dichos de los informantes no puedan ser constatados por medios distintos a su testimonio, las autoridades de investigación penal deben valorar la posibilidad de traer el informante al proceso, es decir, convertirlo en testigo. Es entonces cuando surge la necesidad de brindarle protección al testigo, por cuanto uno de los efectos ineludibles del proceso respecto a los testigos, es que resulta inevitable de que los imputados y sus defensores conozcan su identidad.

En este sentido, el testigo debe realizar su deposición por escrito en la fase preparatoria y luego, de manera personal y directa, frente al tribunal y las partes en el juicio oral. Es imposible, e inaceptable, que los testigos en el juicio oral no declaren en presencia de los imputados, alegando que éstos puedan intimidarlos, pues la presencia de los imputados en el juicio oral es un derecho de éstos y el testigo que esté disponible para el día del juicio oral tiene, como regla general, que declarar en la sala de juicios y frente a las partes. La única solución que podría tener este asunto, consistiría en que, en casos muy excepcionales, cuando el traslado de un testigo pudiera resultar muy peligroso, se podría recibir su declaración en juicio oral desde un local

situado fuera de la sede del juicio oral, desde donde pudiera mantener comunicación interactiva con la sala de juicio, ya sea por circuito cerrado de televisión, por internet, etc., pero siempre que el testigo se halle bajo la autoridad del tribunal, ya que si se encuentra en el extranjero, las facultades disciplinarias del juez presidente serían nulas respecto a dicho testigo, quien en cualquier momento podría, incluso, burlarse del tribunal y de las partes, sin que pueda ser corregido ni llamado al orden.

Tampoco es aceptable que se reciba, por vía de prueba anticipada, la declaración de un testigo que se encuentre amenazado de muerte por una organización criminal, porque allí no se trata de una posible circunstancia insuperable de posible inasistencia al juicio oral, como la que existe en los casos del enfermo terminal o del extranjero en tránsito por el país). En los casos de los testigos que deban declarar en juicios contra presuntos miembros de la delincuencia organizada o contra personas violentas, poderosas o influyentes, es deber ineludible del Estado, a través del Ministerio Público, el protegerlos desde que aparezcan como testigos en las actuaciones, incluso, hasta mucho más allá del juicio oral, debiendo dotarlos de nueva identidad y domicilio si fuere necesario; lo cual, obviamente, requiere recursos, organización, voluntad y planificación. El que un testigo no se sienta intimidado por los imputados y su entorno, dependerá de cuán efectiva es la protección que el Estado pueda prodigarle[102].

Los *informantes públicos* son aquellos funcionarios públicos o personas particulares que proporcionan datos, generalmente mediante informes escritos, sobre situaciones o asuntos que conocen principalmente por razones de trabajo, atendiendo a requerimientos del Ministerio Público o de los tribunales. Aquí, la denominación de "públicos" no viene dada por el hecho de que se trate de funcionarios del estado o no, sino porque su actuación es del dominio público procesal. Un ejemplo clásico de este tipo de informe es aquel que los jueces solicitan a los jefes de recursos humanos de las empresas y organismos para que les expresen, por escrito, cuáles son las funciones que allí desempeña tal o cual trabajador los ingresos que percibe por ello. Igualmente, en el curso de la fase preparatoria de un proceso penal, donde se investigan, por ejemplo, estafas inmobiliarias, el Ministerio Público puede solicitar a los notarios y registradores públicos de una comarca, que les informen cuántos documentos de venta de inmuebles fueron otorgados en una unidad de tiempo determinada por la persona del imputado. En estos casos, los que proporcionan tales informaciones son meros informantes, y si no existe controversia respecto a los datos aportados por ellos, éstos son clasificados dentro de la categoría de prueba de informes, propiamente dichos. Normalmente la prueba de informes se desvirtúa por medios

[102] .- En muchos países, pocos creen sinceramente que el aparato estatal está en condiciones objetivas y subjetivas para prodigar ese tipo de protección, y por ello muchos desearían que la declaración de un testigo amenazado por el hampa se tomara por vía de prueba anticipada, para después desentenderse de la suerte de esa persona, ya que una vez evacuada la prueba anticipada cesaría el interés del Estado en mantener vivo al testigo.

periciales o documentales, pero los informantes públicos bien pudieran ser llamados a testificar si se plantearen dudas acerca de la veracidad de lo informado o sobre su actitud al brindar la información, o si se considera que una particular relación de los informantes con las partes pudiera haber influido en el contenido de sus informes.

3.- *Clasificación de los testigos*

En otro orden de ideas, la testifical es un medio indirecto de prueba, pues quien debe ser convencido por el contenido del testimonio (el destinatario de la prueba) no tiene conocimiento directo del hecho que se investiga, sino que lo conoce a través del dicho del testigo. Desde el punto de vista de la teoría de los grados de la prueba, es decir del número de sujetos cognoscentes que median entre el hecho investigado y el juzgador, la prueba testifical puede clasificarse como:

a.- De segundo grado, cuando se trata de testigos presenciales que relatan lo que directamente percibieron por sus sentidos. En este caso la prueba es de segundo grado, porque entre el destinatario de la prueba y los hechos median dos sujetos cognoscentes: el testigo presencial y el propio destinatario.

b.- De tercero o ulterior grado, cuando entre el hecho que se trata de comprobar y el destinatario de la prueba median tres o más sujetos. Este es el caso de los llamados testigos referenciales o de oídas, que son aquellos que no han presenciado los hechos ni percibido por sí mismos sus manifestaciones sensoriales, sino que dicen haber conocido a través de otros.

En atención a lo dicho, la clasificación más importante de los testigos es la que se atiene a la posición de los testigos respecto a los hechos y que los divide en:

1.- *Testigos presenciales* (directos, según la clasificación anglosajona); y

2.- *Testigos referenciales* (circunstanciales, para los anglosajones).

El testimonio del testigo presencial es un medio probatorio de segundo grado respecto a la posición del destinatario de la prueba en relación con los hechos, pero el testigo presencial tiene una relación de primer grado con los hechos sobre los que debe deponer y de ahí que la doctrina anglosajona les denomine “testigos directos”, pues entre los sentidos del testigo presencial y los hechos no media nada ni nadie. Las capacidades perceptivas del testigo presencial pueden ser siempre objeto de comprobación y contradicción en el proceso, en tanto es receptor directo de las impresiones del medio externo. En el caso de los testigos referenciales o circunstanciales estas comprobaciones son mucho más complejas, pues aun cuando este tipo de testigo fuere sincero y preciso en sus deposiciones, hay siempre que tener en cuenta que no ha sido él, sino otro, el receptor sensitivo de los hechos y sus manifestaciones.

En este punto conviene aclarar que la única manera de asegurar que los testigos presenciales guarden respecto al destinatario final de la prueba (tribunal de juicio) la mayor

proximidad posible, es la inmediación que su declaración de viva voz proporciona en el debate oral, pues toda apreciación de una declaración escrita de un testigo presencial implica la existencia de un mediador adicional, que no es otro que el funcionario que tomó la declaración.

También es importante en el proceso la conceptuación de los testigos *instrumentales*, es decir aquellos que han presenciado las diversas formas de actuación de los órganos de investigación en los casos en que la ley así lo exige. Se trata de una categoría de testigos directos o presenciales, no de los hechos justiciables, pero si de determinadas diligencias de investigación y actos procesales, de cuya realización con observancia o no de la ley, pueden dar testimonio.

El testigo es siempre, en principio, un órgano de prueba, porque es persona que aporta información en el proceso, pero, el testigo puede ser también objeto de prueba, si se tratase de examinar sus capacidades sensoriales, sus condiciones personales o su situación respecto al hecho juzgado, a fin de comprobar su veracidad e imparcialidad.

Finalmente, el testimonio será realmente fuente de prueba si de él resulta algún dato útil a la investigación, pues de lo contrario, el testimonio será una manifestación estéril en el proceso y una verdadera pérdida de tiempo.

4.- *El testimonio de la víctima*

Cuando la persona que es reconocida como víctima en el proceso penal ha tenido una intervención directa en los hechos justiciables o está en conocimiento de datos importantes para el proceso puede ser llamado a prestar su testimonio, tanto en la fase preparatoria como en juicio oral.

Se ha dicho que la víctima no puede ser propiamente un testigo en tanto está incursa en una grave causal de parcialidad. Estamos de acuerdo con ello e incluso, estimamos que ciertamente la víctima no es propiamente un testigo, pero es indiscutible que el testimonio o declaración de la víctima es imprescindible para el alcance de una representación más o menos adecuada de los hechos investigados, en atención al equilibrio en la búsqueda de la verdad, sobre todo en el entendido de que, en el acusatorio, la declaración del imputado es ante todo un medio de defensa y no de confesión.

Sería inconcebible investigar un delito de violación sin tomar declaración a la persona violada. Es cierto que en esas circunstancias la persona victimada podría estar sometida a una presión psicológica que le pudiera impedir todos los detalles del hecho en que se ve envuelta, pero no es menos cierto que dicha persona, por u cercanía al reato, siempre podrá aportar detalles útiles para la investigación y el resultado final del proceso.

Ahora bien, es claro que la declaración de la víctima como declaración de parte, está sometida a la crítica racional tanto del imputado y su defensor, como del mismo Ministerio

Público, en su función de buena fe, pero también es verdad que no existe razón alguna para impedirla, mucho menos en un sistema de prueba libre. De igual manera, la declaración de la víctima queda sometida a la valoración en sana crítica por parte del juez.

Finalmente y para concluir este punto, no debe confundirse la declaración de la víctima, que debe tener lugar durante el interrogatorio ordinario de los testigos, con el derecho de palabra que corresponde a la víctima en juicio oral y que puede ejercer, por lo general, después de los informes orales de las partes y antes de la última palabra del imputado. Este derecho de palabra de la víctima corresponde a todo el que sea reconocido como tal en el proceso penal, haya tenido intervención en los hechos o no.

5.- *El testimonio del coimputado*

Al igual que el testimonio de la víctima, el testimonio del coimputado podría ser siempre sospechoso de parcialidad cuando sea usado para incriminar a otra de las personas señaladas en la causa. Sin embargo, el principio de libertad de prueba que debe imperar en este tipo de proceso no permite excluir *a priori* este tipo de declaración, el cual, a todo evento, debe ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica.

En ciertas circunstancias es plenamente admisible el testimonio incriminante de un imputado contra otro, pues es una situación harto frecuente que algunos sindicados busquen su descargo en otro y se produzcan situaciones de incriminaciones recíprocas, que provocan defensas incompatibles, pero es particularmente sensible la situación cuando el testimonio de un coimputado es el único medio de prueba que existe contra otros correos; y más delicada es aun la situación cuando dicho coimputado ha sido objeto de prebendas, inmunidades o favorecimientos por parte del estado para lograr un testimonio incriminante contra otro.

Es a esto último a lo que hay que prestar verdadera atención. Este comentarista piensa sinceramente que esas prácticas, tan usuales en los Estados Unidos, solo se justifican por razones de control social y pragmatismo, pero son altamente inmorales o, cuando menos, dudosas.

6.- *Necesidad de la declaración de los testigos en la fase preparatoria*

Cuando la constatación de ciertos hechos que revistan especial relevancia para la determinación de la existencia o no de delitos, para comprobar la participación de ciertas personas en ellos, para excluir de responsabilidad a los imputados o para verificar cualquier otra circunstancia de relevancia en el proceso, dependa del testimonio de algunas personas, éstas deberán declarar en la fase preparatoria o investigación preliminar, por escrito y ante el funcionario encargado de la instrucción o sus delegados (allí donde la ley lo permita). En algunos

ordenamientos jurídicos, la declaración del testigo durante la investigación está sometida a juramento y otras solemnidades y por tanto, si el declarante faltare a la verdad podría ser sancionado por perjurio; en otras legislaciones, en cambio, el testigo es un simple emtrevistado y sólo se convertirá en testigo formal si es propuesto y admitido para declarar en juicio oral.

La necesidad de la deposición del testigo durante la fase de investigación viene dictada por la función de la prueba en el proceso penal acusatorio y por la necesidad de salvaguardar el derecho a la defensa del imputado, pues de las declaraciones de los testigos puede depender la acreditación de los hechos que ameritan la incoación del proceso, vale decir, el inicio formal de la fase preparatoria y el cumplimiento en forma legal de la instructiva de cargos como acto reclamado por el derecho a la defensa en el sistema acusatorio.

En el proceso penal acusatorio, la individualización del imputado, que debe ocurrir en la fase preparatoria, implica, precisamente, que hay hacerle saber por qué se le tiene por tal, es decir, por qué se le investiga, ponerle de manifiesto los resultados de la investigación que obran en su contra y brindarle la oportunidad de manifestar sus descargos y coartadas. En este caso la función de la prueba testifical, como cualquier otra en esta etapa del proceso, es la de justificar la imputación inicial o conferimiento de la condición de imputado, en el entendido de que es principio cardinal del proceso penal acusatorio el investigar para después imputar.

Ahora bien, para cumplir la exigencia de dar acceso al imputado a los resultados de las diligencias de investigación que lo incriminan, no basta que el funcionario que realiza la instructiva de cargos o acto primario de imputación le exprese simplemente al imputado y a su defensor (que debe estar presente de manera obligatoria) que existen declaraciones de varias personas que le incriminan. De ninguna manera; el funcionario a cargo de la instrucción tiene que mostrarles las actas donde consten las declaraciones de esas personas, y para ello es menester que les haya tomado ya esa declaración.

Lo mismo ocurre cuando el testimonio por escrito de ciertas personas deba ser tomado en consideración para acordar o negar una excepción procesal, cuando haya que acreditar los supuestos necesarios para imponer una medida de coerción personal o real o cuando haya que fundamentar una decisión de archivo de las actuaciones o de sobreseimiento. En todos esos casos, en los cuales resulta necesario valorar si se han acreditado o no ciertos hechos, las declaraciones de los testigos deben estar debidamente documentadas para que puedan ser valoradas por los tribunales y por las partes.

De tal manera, los testigos en la fase preparatoria no pueden ser meros informantes secretos de la policía o del Ministerio Público, que probablemente podrían ser presentados en juicio oral, sino verdaderos órganos de prueba cuyos testimonios deben constar por escrito en la fase preparatoria a fin de que puedan cumplir la función de la prueba en los distintos trámites e incidentes de dicha fase.

7.- *Recepción del testimonio en la fase preparatoria*

En los procesos penales de corte acusatorio, o mixtos con predominio de los rasgos acusatorios, los testigos declararán ante los funcionarios encargados de la instrucción de la causa, o en quienes éstos deleguen cuando la ley lo permita.

Cuando la instrucción es judicial o propia, los testigos deben deponer ante el Juez de Instrucción o sus escribientes o jueces comisionados, si la ley lo permite. En el caso de los procedimientos con instrucción a cargo de la Policía, los testigos declararan ante los instructores policiales y sus auxiliares. La instrucción a cargo de la Fiscalía o Ministerio Público (que no siempre son exactamente lo mismo) es la más cónsona con la naturaleza del sistema acusatorio.

Allí donde la instrucción está a cargo del Ministerio Público, los testigos en la fase preparatoria declaran ante el fiscal del Ministerio Público, o funcionario de la fiscalía o de la policía que él designe.

Así ocurre, por ejemplo en el procedimiento penal alemán, como lo reconoce el profesor español Juan Luis Gómez Colomer al decir:

> "El procedimiento de averiguación o fase de investigación, o procedimiento preparatorio, todos estos nombres tiene, es esencialmente secreto, aunque en determinados casos el inculpado, y su defensor, tienen derecho a estar presentes. Por ejemplo, tiene derecho a estar presente en el interrogatorio de un testigo [art. 168c, ap. (2) StPO]..." (sic.)[103]

En este mismo orden de ideas, el artículo 161a de la StPO, traducida por el propio Gómez Colomer, está referido justamente al interrogatorio de testigos y peritos por la fiscalía.[104]

De tal manera, en la declaración de testigos durante la fase preparatoria deben declarar ante los funcionarios a cargo de la instrucción o ante los funcionarios designados por éstos (auxiliares de la fiscalía, los juzgados de instrucción o funcionarios policiales) y dicha declaración debe constar en una acta, levantada conforme a las disposiciones legales respectivas y debe ser accesible al imputado y su defensor, quienes tienen el derecho de leerlas, si han sido tomadas con anterioridad a la individualización del imputado en el proceso, o de estar presentes en la declaración del testigo, si se produce después de la traída del inculpado al proceso.

---

[103] .- Ver: Gómez Colomer, Juan Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Bosch. Barcelona, 1985, p. 151.

[104].- Ibídem, p. 338.

8.- *Formalidades de la declaración de testigos en la fase preparatoria*

a.- *Obligación de concurrir a testificar*

La obligación de las personas de concurrir a testificar, se refiere ante todo al deber de concurrir al llamado de la autoridad o funcionario que esté a cargo de la instrucción, ya sea policía, fiscal o juez. El desarrollo de la fase preparatoria es, pues, inconcebible, si las personas que deban dar su testimonio no están obligadas a concurrir al llamado de la autoridad instructora. Por lo tanto, el órgano directamente encargado de la investigación de fase preparatoria debe tener las facultades o prerrogativas necesarias para convocar, con carácter de obligatoriedad a los testigos ante sí y de hacerlos conducir por la fuerza pública si no concurrieren voluntariamente a prestar testimonio.

Es deseable que la ley resuelva este asunto de una manera contundente, estableciendo una fórmula omnicomprensiva, que abarque toda clase de autoridades del proceso penal con facultad para citar a una persona a rendir declaración y con la prerrogativa, además, de hacerla comparecer incluso con auxilio de la fuerza pública. En este caso, se trataría de facultades generales, aplicables a todos los que intervienen con autoridad en el proceso penal y sus diversas fases, y que, por tanto, pueden ordenar la conducción del testigo renuente por la fuerza pública. Es una concepción procesal que se funda en la convicción de que, a pesar de que es una medida de coerción, un mandato de conducción para testimoniar no es nunca equiparable a la privación de libertad, en tanto só tiene por finalidad hacer comparecer a la persona requerida, que luego de rendir testimonio podrá marcharse libremente. De tal manera, donde esto es posible, los tribunales, los fiscales o los instructores policiales pueden librar ese tipo de mandato, que por lo general se ejecuta por un cuerpo policial, que lleva a la persona ese mismo día, directamente a testificar ante el funcionario requirente, luego de lo cual queda totalmente libre.

Sin embargo, en aquellos países donde el sistema constitucional prescribe la necesidad de orden judicial para la detención de personas, aun de manera transitoria, el asunto es un tanto más complejo, pues, en tales casos, los funcionarios no judiciales encargados de la instrucción de las causas penales tienen que solicitar ese mandato de conducción a los jueces.

b.- *Tiempo hábil para declarar*

En la fase preparatoria, en la que todos los días son hábiles para la investigación y la instrucción, los testigos pueden ser llamados a declarar en todo momento. Pero esta afirmación debe ser precisada, pues allí, de ordinario, se presentan dos situaciones perfectamente diferenciadas entre sí. Una de esas situaciones es la de los testigos *in situ*, es decir, aquellos que

se encuentran en el lugar y hora de la comisión del delito o de la inspección del lugar del hecho. A estos testigos se les puede interrogar de inmediato, con independencia de la hora o el estado del tiempo, pues la frescura de su testimonio es supremamente importante en estos casos. Pero otra situación bien distinta es aquella de los testigos de cuya existencia se va teniendo noticias a lo largo de la investigación. Respecto a estas personas no hay que abusar, y es preferible citarles a declarar en los horarios convencionales de trabajo, a menos que la urgencia del caso indique otra cosa. En esa circunstancia, cada funcionario a cargo de la instrucción o equipo de instructores, deberá planificar su trabajo.

Los testigos pueden ser citados personalmente en cualquier lugar que fueren habidos (su domicilio, trabajo, lugar de recreación, etc.), pero de requerirse con urgencia su testimonio, podrá citársele verbalmente, por medio de tercero o telefónicamente, para que comparezca de inmediato, sin esperar a la expedición de boleta o citatorio alguno, haciéndose constar en los autos el motivo de la urgencia. Lo mismo procederá por medios electrónicos, cuando estos estén al alcance de la autoridad requirente y del testigo. También podrá, en igual caso, constituirse el funcionario que instruya las actuaciones en el domicilio de un testigo o en el lugar en que se encuentre, para recibirle declaración.

Si el testigo que debe ser citado reside fuera del territorio del país donde se desarrolla la investigación, se observará lo que al respecto establezcan los tratados con el país de que se trate, o en su defecto, se cursará comisión rogatoria por la vía diplomática, de acuerdo con las prácticas internacionales. En este segundo caso se tendrán en cuenta para la práctica de la diligencia las formalidades legales exigidas en el país en que ha de llevarse a efecto. La comisión rogatoria debe contener los antecedentes necesarios e indicar las preguntas que se han de hacer al testigo, sin perjuicio de que la autoridad o tribunal extranjero las amplíe según le sugieran su discreción y prudente arbitrio.

En caso de que el testigo deba declarar en una audiencia judicial, obviamente, lo hará en la fecha y hora en que se haya señalado la audiencia, y allí la citación correrá a cargo de los tribunales.

Por tanto, y para resumir este punto, durante la fase preparatoria, el órgano director de la instrucción puede de suyo, y sin pedir apoyo ni autorización a los tribunales, citar a cualquier persona a declarar como testigo.

c.- *Forma y contenido de la declaración*

En la investigación preliminar, los testigos declararán de manera separada y reservada para terceros, sin permitirse la presencia en el acto, de persona distintas a las del funcionario encargado de tomar la declaración, las partes y sus representantes, si se les permite asistir, y

cualquiera otra que resulte imprescindible como intérprete, representante o con otro carácter legal. En ningún caso deberá emplearse, ni permitirse que se emplee, coacción, engaño, promesa o artificio alguno para forzar o inducir al testigo a declarar en determinado sentido.

En la fase preparatoria, a menos que se trate de sordomudos u otras personas imposibilitadas de hablar, los testigos prestarán declaración en forma oral ante el funcionario encargado de recogerla y de las partes cuya participación en el acto haya sido permitida, sin que le sea permitido leer la exposición o respuesta que lleven escrita o extender directamente su declaración por escrito, aun cuando es posible, y hasta aconsejable, que se les permita consultar algún apunte o dato de difícil recordación. La razón de estas exigencias es la necesidad de excluir las versiones preconcebidas, minimizar las interferencias y asegurar la mayor autenticidad posible en el testimonio, tanto en cuanto a su contenido, como a su forma (vocabulario, cultura, capacidad perceptiva del testigo, etc.).

Las personas sordomudas o imposibilitadas de hablar, podrán expresarse mediante intérprete o realizar sus manifestaciones directamente por escrito ante el funcionario actuante, pero tampoco se les debe permitir que lleven y entreguen versiones escritas de su testimonio, previamente elaboradas.

El testigo que no entienda o que no hable el idioma del lugar donde se desarrolla la investigación, prestará su declaración mediante intérprete, por cuyo conducto se le deben hacer las preguntas y se recibirán las respuestas. Podrá dictar la declaración y las respuestas que dé. En este caso, es conveniente que sus manifestaciones se consignen en el idioma del testigo y traducirán a continuación al idioma oficial de la instrucción.

La declaración del testigo en la fase preparatoria será recogida por el funcionario actuante, mediante un acta en la que se exprese día, hora y lugar de la comparecencia, el nombre, apellido y cargo del funcionario ante el cual se rinde la declaración, el asunto de que se trata (causa, expediente, etc.), la identificación o generales completas del declarante, sus posibles vínculos con las partes o la ausencia de éstos, en su caso, la expresión de que el testigo ha sido juramentado o de que se le ha advertido de las penas con que la ley castiga el delito de perjurio, salvo que se trate de un menor, caso en el cual no se le exigirá juramento alguno, allí donde éste sea un requisito *sine qua non* del testimonio en fase preparatoria.

Al inicio de su declaración, el testigo deberá narrar sin interrupción lo que sepa en relación con el hecho que se investiga, expresando la razón de ciencia de su dicho, es decir, las circunstancias en que presenció o percibió los hechos o sus efectos (voces, gritos, huellas, rastros, etc.). Si se tratare de un testigo de referencia, precisará el origen de su conocimiento y las circunstancias en que hubiere llegado a el la noticia de los hechos e identificará, con la mayor precisión posible, a la persona de quien la hubiere obtenido. El funcionario que reciba la declaración, de oficio o a instancias de las partes, podrá interrogar al testigo sobre los aspectos

relacionados con los hechos investigados que considere pertinentes o pedirle las explicaciones que estime procedentes, dirigidas a aclarar conceptos oscuros o contradictorios de su testimonio, pero en ningún caso se harán al testigo preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

El funcionario actuante plasmará el dicho del testigo, empleando, de ser posible, sus propias palabras, pues de ello depende en gran medida la credibilidad y verosimilitud del testimonio.

Una vez terminada la redacción del acta de declaración, el funcionario actuante deberá darle lectura en alta voz ante los comparecientes, e igualmente, el testigo debe tener la posibilidad de leerla por sí mismo si así lo prefiere, a cuyo efecto se le instruirá del derecho que le asiste a hacerlo. Una vez concluida la lectura del acta y hechas, en su caso, las rectificaciones y aclaraciones que procedan se firmará por todos los intervinientes en el acto y no estuvieren impedidos de hacerlo. Sin perjuicio de lo anterior podrá grabarse la declaración por medio de aparatos adecuados, y se hará siempre que sea posible en caso de inminente peligro de muerte del testigo, aunque por la urgencia no se cumplan todas las exigencias antes mencionadas.

En las actas de declaración de testigos, se consignará siempre todo lo que pueda servir así de cargo como de descargo, es decir todo cuanto incrimine y todo cuanto exculpe a potenciales o reales imputados, pero de ninguna manera deben ser consignadas las manifestaciones que sean inconducentes o impertinentes para la comprobación de los hechos objeto del proceso.

Terminada la declaración debe hacerse saber al testigo la obligación de comunicar los cambios de residencia o paradero hasta ser citado para el juicio oral, bajo apercibimiento de las consecuencias legales que pudiera acarrearle el no hacerlo.

d.- *Juramento*

El juramento es considerado todavía en muchos países una garantía de la veracidad del testimonio. Es indudable que esa consideración tiene un origen religioso, pues al exigírsele prestar juramento, se trataría de crear un posible conflicto de conciencia en el declarante mendaz con su Dios o Dioses, habida cuenta que todas las religiones enseñan que el mentir es una mala acción a los ojos de las divinidades que gobiernan el mundo y nuestra espiritualidad.

Sin embargo, y comoquiera que el hombre se vuelve cada vez más materialista y terrenal en la medida en que ve incrementarse el control sobre su propia existencia, y que aquella clase de conflictos de conciencia de base religiosa se hacen cada vez más excepcionales, el juramento ha ido perdiendo valor como garantía de buena fe en la actuación procesal, y desde el siglo XVIII de venido a siendo reforzado, con la advertencia que se hace a los declarantes en el proceso, de que, de faltar a la verdad y a la probidad, podrían incurrir en los delitos de perjurio o falso

testimonio, que se encuentran hoy recogidos, de una u otra forma, en casi todos los códigos penales del mundo.

Por otra parte, la concurrencia al proceso de personas que profesan numerosas religiones, y hasta anti-religiones, tales como las sectas satánicas, o las corrientes ateas del pensamiento, ha traído consigo numerosas disquisiciones en torno a la forma y validez de los juramentos que deben prestarse ante los órganos jurisdiccionales y otras autoridades. De tal manera, el juramento han ido evolucionando desde formas estrictas, referidas a una forma de Dios en particular, ya sea el de los cristianos (Jehová), o el de los judíos (Yahvé), hasta formas más amplias de juramento, que incluyen a cualquier clase de Dios o Dioses, capaces de comprender a los devotos de deidades tales como Buda, Vishnú, Alá, Oshum, etc., pasando, incluso, por formas de juramento absolutamente amplias, capaces de comprender a los ateos y agnósticos, haciéndoles jurar, simplemente, decir la verdad por su honor, o por su reputación.

En algunos países, se ha llegado a demandar la inconstitucionalidad de los juramentos basados en razones de fe o en invocaciones religiosas, por considerarse éstas contrarias a la libertad de conciencia que consagran las Constituciones modernas. En la mayoría de los casos, esas demandas han sido acogidas con lugar, sobre todo en los años finales del siglo XX y principios del siglo XXI, después de la afirmación de los movimientos por los derechos humanos, todo lo cual ha forzado a los legisladores y a la jurisprudencia de las naciones democráticas a adoptar las fórmulas neutras de juramento de que hablamos antes y que consisten simplemente en que el declarante jure por su honor o su honorabilidad.

Pero cuando el juramento llega a ese estado de generalidad y de falta de sustancia, ya ha perdido toda su eficacia mística o de compromiso de conciencia y, como bien UGIDOS RIVERO[105], siguiendo a PASHUKANIS y al verdugo de éste, VISHINSKI[106], debe ser sustituido por una

[105] .- Ugidos Rivero, Mario. «El juramento y la obligación de decir verdad en la legislación procesal socialista», en: Revista Cubana de Derecho. No. 13. La Habana, 1971, p. 54.

[106] .- Yevguenii Pashukanis, jurista lituano (1889-1937), fue, junto a Max Reisner, Piotr Stuchka y Andrei Krilenko, de los más brillantes juristas de la Revolución Bolchevique y del Estado Soviético en sus primeros años. Se les considera los fundadores del derecho socialista marxista-leninista. Pero en los años 1936-38, durante las gigantescas purgas stalinianas contra los llamados «enemigos del pueblo», que como hoy sabemos, no tenían otro objetivo que eliminar físicamente a los intelectuales y a toda la clase media no afecta al dictador Stalin, fueron juzgados, condenados a muerte y ejecutados. El fiscal acusador en esos procesos fue Andrei Yanuarevich Vishinski (1883-1954), también destacado jurista soviético, quien cursó estudios en Rusia, Francia e Inglaterra, antes de la Revolución de 1917. Luego fue comisario de policía y fiscal de Petrogrado (San Petersburgo) durante el reinado de Nicolás II (1910- 1914) y durante el gobierno menchevique pequeño burgués de Alexandr Kerenski, entre febrero y octubre de 1917. Se unió más tarde a los bolcheviques de Lenin (marxistas) y llegó a ser Fiscal General de la URSS (1936-1941) y ministro de Relaciones Exteriores (1941-1953), durante la dictadura de Josif Stalin. Fue profesor titular de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en las Universidades de Leningrado y de Moscú (Lomonósov. Sus libros y artículos, pero en especial su muy conocida «Teoría de la Prueba en el Derecho Soviético» ejerció una decisiva influencia en la supresión de las garantías procesales en la fase preparatoria del proceso penal en la antigua Unión Soviética.

obligación pura y simple de decir verdad, so pena de delito, que la sociedad le impone al testigo. Por esta razón, y obviamente por el carácter ateo de los regímenes marxista-leninistas, los ordenamientos procesales de los antiguos países socialistas del extinto bloque soviético, no contemplan para nada la posibilidad de que los testigos ofrecieran o pronunciaran juramento alguno en el proceso, sino que simplemente se les impone del deber que tienen de decir verdad so pena de incurrir en delito de «falso testimonio», y no ya de «perjurio», pues este último término implica justamente faltar o violar un juramento.

Por lo que a nosotros respecta, creemos que estamos en presencia de una clara tendencia universal abolicionista del juramento como figura procesal.

9.- *Incorporación del testimonio a la fase preparatoria*

Los testimonios son incorporados a la fase preparatoria tanto por el órgano que dirige la investigación (Ministerio Público, Juez de Instrucción, Policía), como por el querellante, y por el imputado y su defensor.

En los sistemas acusatorios más puros, donde el Ministerio Público es el órgano director de la investigación y de la instrucción, éste incorpora testimonios a la fase preparatoria como resultado de la actividad de los órganos de policía y de la suya propia. Si como resultado de esas actividades, aparecen o son detectadas personas que conozcan de los hechos investigados, éstas podrán ser llamados a testificar.

Incluso, desde un momento inicial, cuando aparezcan las primeras trazas del delito, la declaración de los testigos en la fase preparatoria puede producirse en la misma acta de inspección del lugar del hecho, de la reconstrucción del hecho, o de cualquier otra diligencia, bien se trate de testigos presenciales, de referencia o instrumentales, todo ello al buen criterio del funcionario instructor y con independencia de que esas personas sean citadas nuevamente durante la fase preliminar para ampliar o especificar sus testimonios.

De la misma manera, el querellante, y la parte civil, allí donde se le reconozca, podrán solicitar que sean interrogadas como testigos las personas que consideren convenientes, para lo cual bastará que así lo solicite al funcionario instructor respectivo, indicándole los nombres y direcciones de los testigos que desea sean citados a declarar y los extremos sobre los que desea sean interrogados, así como la solicitud de que se le permita estar presente en el interrogatorio a fin de formular las preguntas y observaciones que a su derecho convengan. También puede el querellante solicitar al funcionario que dirija la instrucción, que señale día y hora para interrogar a los testigos que él se servirá presentar ese día. El querellante puede realizar estos pedimentos en el escrito de querella (si lo presenta en la fase preparatoria) o en cualquier otro momento

posterior, por cuanto el carácter abierto de la fase preparatoria no impone lapsos ni términos fijos para promoción de estas diligencias de investigación.

El imputado y su defensor, actuando conjunta o separadamente, pueden solicitar al funcionario director de la instrucción, que interrogue a los testigos que ellos indiquen, para lo cual será menester que le suministren sus nombres y apellidos, direcciones o sitios donde pueden ser citados o localizados, o pueden solicitar, en cambio, que se señale día y hora para hacer comparecer a dichos testigos ante el funcionario instructor o sus delegados. Esta última variante es la más aconsejable para los abogados defensores, pues el fiscal puede adelantarse y tratar de «reclutar» a los testigos que la defensa haya promovido por anticipado.

El imputado, en su declaración o declaraciones durante la fase preparatoria puede solicitar también que se examine a los testigos de descargo que considere conveniente y el fiscal viene obligado a comprobar su existencia y recibirles declaración formal. Incluso, en este punto, y en obsequio al deber de imparcialidad en la instrucción que le impone el principio acusatorio, el funcionario instructor tiene que ejercer el llamado *auxilio instruccional de la indagatoria*, es decir, la facultad de inquirir del imputado que dice tener una coartada, todos los elementos necesarios para comprobarla.

Tanto el querellante como el imputado y su defensor pueden promover testigos durante la fase preparatoria, ya sea para probar los hechos que alegan, como para desvirtuar los hechos que pretende establecer el funcionario que dirige la fase preparatoria. Pero, en todo caso, ni el querellante ni la defensa pueden oponerse a que el funcionario instructor o sus delegados interroguen a sus testigos sobre cualquier aspecto pertinente que tenga a bien, o que trate de investigar las razones de sus dichos, su motivación para declarar o su veracidad.

El titular de la instrucción examinará las solicitudes de recepción de testimonios que hayan hecho el querellante o el imputado y su defensor, y las admitirá o rechazará, cuando sean impertinentes, innecesarios o inútiles. Esta negativa, por lo general, es susceptible de reclamo, protesta o recurso, según las diversas legislaciones.

Por otro lado, durante la fase preparatoria, las partes pueden pedir que se incorpore al proceso documentos públicos o privados, que contengan manifestaciones de personas, aun vivas o ya fallecidas, sobre los hechos investigados, pero ello no puede ser considerado en modo alguno como prueba testimonial a los efectos de la fase preparatoria, sino como documental, ya que esas manifestaciones no se formaron ante la autoridad instructora, y por tanto, ni esta, ni las partes, tuvieron la oportunidad de interrogar al dicente documental, ni de pedirle explicaciones ni aclaratorias. Sin embargo, a los efectos de cualquier observador externo a la instrucción, el resultado será siempre el mismo, una manifestación de alguien recogida en un papel, y que, a los efectos de condenar al imputado, deberán concurrir a testificar de viva voz al debate oral y público.

10.- *Los testigos en la fase intermedia*

En la fase intermedia, las partes, mediante sus escritos polémicos[107], promueven, proponen u ofrecen los testigos que consideren convenientes, a fin de que sean escuchados en el juicio oral, con indicación de la pertinencia y necesidad de sus testimonios.

Los testigos que pueden ser promovidos para declarar en juicio oral, deben ser en principio, los mismos que han declarado en la fase preparatoria, a menos que después de concluida esta fase aparezca alguien cuyo testimonio, desconocido hasta entonces, pudiera revestir excepcional importancia para el proceso. De tal manera, la fase intermedia, por lo general, no es oportunidad procesal para la incorporación de nuevos testigos a la causa, sino solamente para la promoción u ofrecimiento de aquellos que declararon en la fase preparatoria y cuyos testimonios las partes consideran necesarios que sean escuchados de viva voz en el juicio oral.

En la fase intermedia, la función del tribunal encargado del conocimiento en dicha fase, es examinar, en la fuente escrita, los testimonios recogidos en la fase preparatoria de las personas que se ofrecen como testigos para el juicio oral, conjuntamente con el resto del material probatorio de la causa, que debe constar en el expediente respectivo, a los efectos de establecer si la acusación tiene fundamento o no y si debe abrirse el proceso a juicio oral, o si, por el contrario, procede el sobreseimiento o alguna otra solución procesal. De más está decir que la valoración que hace el tribunal de las pruebas en esta fase, tanto para decretar la apertura a juicio, como para sobreseer la causa, así como para condenar por admisión de los hechos, debe ser sobre la base de la libre valoración razonada o sana crítica.

Así las cosas, en la fase intermedia la actividad probatoria en lo que a la prueba testimonial, se limita a tres actividades:

1.- Ofrecimiento de los testigos para juicio oral por las partes;

2.- Valoración por el tribunal competente de los testimonios recogidos durante la fase preparatoria, en concordancia con el resto del material probatorio obrante en la causa, conforme a los principios de la sana crítica;

3.- Admisión o rechazo judicial de la prueba testifical ofrecida por las partes para el juicio oral, para el caso de que se admitan las acusaciones y se decrete la apertura a juicio oral.

---

[107] .- Los escritos polémicos en el procedimiento ordinario diseñado en el COPP, la LOPNA y el COJM, son la Acusación del Ministerio Público, la Acusación Particular propia de la víctima y la Contestación de las Acusaciones. Así es en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En el caso particular de las legislaciones procesales penales de España y Cuba, los escritos polémicos se denominan genéricamente, "escritos de calificación", desglosados en Conclusiones Provisionales del Ministerio Fiscal, Querella Criminal y Conclusiones Provisionales de la Defensa.

En todo caso, obsérvese que en la fase intermedia como tal no se practica, evacua o desahoga prueba alguna, con lo cual la actividad probatoria queda reducida a la discusión y valoración del resultado de las diligencias de investigación practicadas en la fase preparatoria y a la explicación por las partes de sus necesidades de prueba en la fase subsiguiente (juicio oral) y al pronunciamiento del tribunal al respecto, bien sea de apertura a juicio, con decisión sobre la pertinencia y utilidad de los medios en oferta, o bien se de sobreseimiento o de alguna otra forma de terminación anticipada del proceso (admisión de los hechos, suspensión condicional del proceso, etc.).

11.- *Los testigos en el juicio oral*

En el juicio oral los testigos oportunamente propuestos por las partes y admitidos por los tribunales deben declarar, bajo juramento o con obligación de decir verdad, frente al tribunal y a las partes, conforme al principio de inmediación de la prueba, a menos de que hayan sido escuchados ya por la vía de la prueba anticipada.

Los testigos deben ser interrogados, inicialmente, por la parte que lo propuso, luego por las demás partes y finalmente por los miembros del tribunal. En esto existen dos sistemas claramente diferenciados: el sistema anglosajón o del Common Law y el sistema eurocontinental.

En el sistema del Common Law (adversary system), el juez no suele interrogar a los testigos, ya que a cada parte incumbe traer al juicio a los testigos que le interesen y extraer de ellos la declaración que a su interés convenga, a menos que haya alguno reacio y se pida al tribunal su citación coactiva. Al mismo tiempo, los anglosajones estiman que el juez debe interrogar lo menos posible a fin de preservar su imparcialidad y no dejar traslucir criterios preconcebidos a través de sus preguntas. Esta abstención del Juez es importante en los juicios por jurado popular, porque una pregunta parcializada del Juez puede influir en un sentido u otro sobre el cuerpo colegiado decisor, aun cuando el togado que preside no tome parte en sus deliberaciones; pero tal abstención es mucho más importante en los juicios que se deciden sin jurado, que son los más, pues allí el Juez es el encargado de dictar sentencia. Por tanto, en el sistema judicial anglosajón cada testigo es examinado inicialmente por quien lo propuso y luego se realiza la repregunta por la contraparte (*cross examination*).

En el sistema europeo continental, seguido en los países germánicos (Alemania, Austria y Suiza), en los países escandinavos (Dinamarca, Suecia y Noruega), en los países latinos (Francia, Italia, España, Portugal y Rumania) y en los países eslavos (Rusia, Polonia, República

Checa, etc.)[108] le confiere un tratamiento a la prueba testifical en el juicio oral, muy distinta al que se le confiere en los países del Common Law. En el sistema eurocontinental, los testigos propuestos por las partes y admitidos por el tribunal, son citados oficialmente por este último y el orden de su comparecencia y declaración es determinado por el juez presidente del tribunal de juicio, quien luego de tomarle sus generales, de juramentarles o imponerles de la obligación de decir verdad, según el caso, y de interrogarle sobre las circunstancias que pudieran comprometer la imparcialidad de su testimonio, los debe exhortar a expresar cuánto sepa sobre los hechos del proceso, sin apremios ni presiones. Luego de esto podrán las partes interrogar de manera directa a los testigos, comenzando por la parte que los haya propuesto u ofrecido, y luego por las demás. Solo después de esto podrán interrogar directamente los miembros del tribunal. Sin embargo, es necesario destacar que, a los fines de no alterar el carácter acusatorio del proceso, el juez presidente no debe excederse en su misión de instar al testigo a expresar lo que sabe sobre el objeto del juicio, y por tanto debe abstenerse de pasar a interrogar directamente al testigo antes que las partes, las cuales, a su vez, deben estar atentas para protestar u objetar cuando ello ocurra.

Los testigos declaran en la oportunidad en que fije el juez presidente y lo señale, pero pueden ser llamados nuevamente a declarar o para un careo con otros testigos o con el imputado, cuando así lo requieran las partes o lo acuerde de oficio el tribunal.

Por otro lado, cuando se produzcan diferencias sustanciales entre lo declarado por el testigo en el juicio con relación a su declaración en la fase preparatoria, puede solicitarse al presidente del tribunal la lectura de esta última e instar al testigo que explique la divergencia o contradicción que se aprecie. En este punto es de notar que la mayoría de los ordenamientos jurídicos se inclinan a exigir responsabilidad penal por perjurio a las personas que mientan en el juicio oral y no en la fase preparatoria, pues, en principio, el testimonio mendaz solo puede acarrear una condena injusta cuando es vertido en juicio oral.

La crítica del testimonio durante el juicio oral se realiza a través de la repregunta, fundamentalmente. Esto no quiere decir que quien realiza el contra-interrogatorio deba ser mago o taumaturgo para desacreditar o refutar a un testigo únicamente sobre la base de la repregunta improvisada. Nada más lejos de la verdad. La repregunta debe basarse en un conocimiento del dicho del testigo en la fase preparatoria, en las contradicciones de su declaración en juicio con relación a los hechos y con otras pruebas del proceso, así como en el conocimiento que podamos haber adquirido sobre las motivaciones o la personalidad del testigo y, ¿por qué no?, en las inexactitudes, inseguridades y temores que haya evidenciado el testigo en su deposición en el

[108] .- El sistema eurocontinental en materia de manejo de la prueba es el acogido el COPP venezolano, que sigue las pautas de la StPO alemana, del Código Procesal Penal Modelo para América Latina de Julio Maier y Alberto Binder, argentinos de origen alemán, y de la LECrim española.

mismo juicio oral. Para el ello cada parte debe realizar un estudio de cada testigo, de sus dichos previos y, en el juicio oral, estar muy atento a la deposición del testigo de la contraparte.

12.- *El careo*

El careo es considerado por muchos doctrinarios como una modalidad o actividad complementaria de la prueba testifical[109], aun cuando puede darse el careo entre testigos e imputados, entre meros imputados, entre imputados y víctimas, y entre víctimas y testigos.

El careo consiste en la confrontación de las personas cuyas declaraciones sean discrepantes sobre un mismo hecho o se incriminen recíprocamente. El careo se practica poniendo a uno frente al otro y conminándolos a enfrentarse de palabra, a fin de comprobar cuál de los dos mantiene con mayor firmeza sus afirmaciones y cuál se arredra ante los planteos del otro. Durante el careo las afirmaciones de uno pueden refrescar la memoria del otro y ello puede contribuir a un afinamiento de sus respectivas versiones o la derrota total o desmoronamiento de uno de los careados. Por tanto, el careo es una magnífica actividad para depurar el testimonio.

Cuando el careo se produce en la fase preparatoria, puede grabarse, filmarse o recogerse en acta, pero cuando se produce en el juicio oral, las manifestaciones que en él tengan lugar quedarán asentadas en el registro o acta exhaustiva que se lleve al efecto, o en la mera memoria de los que deban decidir, en los casos de juicios de oralidad plena.

El careo, como ya se dijo, puede practicarse entre imputados, entre imputados y testigos, y entre testigos, pero para que pueda carearse al imputado con otro sujeto es necesario su consentimiento, pues, siendo el careo una variante del testimonio, estaría comprendido dentro del derecho de abstención de declaración en causa propia o de no autoincriminación, que asiste al imputado. En ningún caso se permitirá que los careados se agredan o lesionen, por lo cual para realizar un careo hay que tomar las debidas precauciones, pues es una actividad que necesariamente exige exaltación de los ánimos y cierto azuzamiento de los intervinientes por parte de la autoridad actuante.

B.- LA PRUEBA PERICIAL

1.- *Concepto de prueba pericial*

La prueba pericial o de expertos, es una prueba personal e indirecta, que consiste en un dictamen, informe o dictamen que rinde una persona con conocimientos especializados en una

[109].- Ver: Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales. Editorial ABC, Bogotá, 1998, p. 336.

materia determinada, sobre personas, cosas o situaciones, relacionados con los hechos del proceso, y que se someten a su consideración, bien por iniciativa de las partes o por disposición oficiosa de los órganos jurisdiccionales o de investigación. Se trata de una prueba indirecta, porque la persona del perito o experto media entre el juzgador y los hechos que éste último debe conocer, y tanto más indirecta es esta prueba, si tenemos en cuenta que el experto no conoce directamente los hechos sobre los que debe dictaminar, sino que debe obtener información acerca de ellos a través del examen de personas, objetos o situaciones relacionados con tales hechos. La prueba pericial es una prueba personal, porque su esencia es el dicho o la opinión de una persona determinada, a quien se escoge por sus características y conocimientos.

Por otra parte, como se infiere del concepto que hemos adelantado sobre la prueba pericial, su objeto no lo constituyen simplemente "personas" (cadáveres, lesiones en personas vivas, etc.) o «cosas» (armas, artículos con huellas dactilares, prendas de vestir, etc.), sino también «situaciones», tales como conocer la trayectoria probable de un proyectil, el lugar donde pudo estar parada una persona, y otras por el estilo.

En los procedimientos con predominio de la escritura, la prueba pericial se agota, por lo general, con el dictamen escrito que rinden los expertos y que se une a las actuaciones. En ese tipo de procedimiento, existe muy poca posibilidad de confrontación activa de las partes con los expertos y por ello la crítica de la prueba se ejerce a través de la presencia de representantes de las partes en la realización de las experticias o mediante una pluralidad de expertos, donde cada parte nombra uno y el tribunal nombra otro.

En los procedimientos con predominio de la oralidad, como es el caso del sistema acusatorio penal, con independencia de que puede apelarse a las fórmulas anteriores, el perito o experto debe comparecer además a una audiencia oral, donde debe responder a las preguntas de las partes, no solo respecto al modo de realizar las experticias, sino a sus propias circunstancias personales, tales como años de experiencia, modo como adquirió sus conocimientos, sus relaciones probables con las partes, etc.

En el proceso penal acusatorio en particular, la prueba pericial está, por lo general, seccionada en dos segmentos. Por una parte, la experticia propiamente dicha, es decir, el examen por parte de los expertos de las personas, cosas o situaciones que constituyen el objeto de la prueba pericial, se realiza durante la fase preparatoria, como parte de las diligencias de investigación y sus resultados son llevados a las actuaciones a través de los informes escritos que aquellos deben rendir. Pero luego, en el juicio oral, los expertos deben informar, en audiencia pública, ante jueces, partes y público en general, sobre las circunstancias de la experticia en que hayan intervenido y responder sobre sus propias condiciones personales, si se les interrogara al respecto. La evacuación de las experticias propiamente dichas, o sea el análisis de las personas o cosas por parte de los expertos, podrá realizarse en el propio acto del juicio oral, cuando para ello

no sea menester el uso de laboratorios o de tecnología complicada, cuando la experticia dependa mayormente de la apreciación sensorial de los expertos y cuando las personas o cosas que deban ser examinados puedan ser trasladados a la sala de juicio.

En la fase preparatoria, que funciona sobre la base del principio inquisitivo o de búsqueda oficiosa de la verdad, corresponde al órgano director de la instrucción y a sus auxiliares, disponer el examen pericial de personas o cosas, a los efectos de establecer la probable existencia de delitos y la participación en ellos de determinados individuos. Esta facultad puede ejercerla el responsable de la fase preparatoria, bien de oficio o cuando lo solicite alguna de las partes, sin perjuicio de que pueda rechazar el pedimento por razones de impertinencia o inutilidad.

2.- *El control y la contradicción de la prueba pericial proceso penal acusatorio*

El control y contradicción de la prueba pericial en el proceso penal acusatorio se efectúa por diversas vías.

En primer lugar, cuando el examen pericial o experticia se realiza antes de la individualización del imputado en la causa, y los resultados de dicha experticia es usada posteriormente como elemento de convicción para incriminar a determinada persona, dicha persona, en uso de sus derechos como imputado, entre los que se debe contar el de solicitar diligencias de investigación para desvirtuar las imputaciones que se le hacen, podrá solicitar que se realice, de ser materialmente posible, cualquier experticia, dictamen pericial u otra diligencia, a los efectos de refutar aquellos resultados que le son adversos.

En segundo lugar, cuando la experticia o peritaje tenga lugar después de que exista un imputado concreto en la causa, éste tendrá derecho a nombrar peritos o expertos, a fin de que concurran, junto con los oficiales y los designados por la parte agraviada, a la realización del examen de las personas, objetos o situaciones que constituyan el objeto de la prueba. En este caso, todos los expertos que hayan concurrido a la elaboración a la experticia, bien hayan emitido dictamen conjunto o por separado, deberán posteriormente informar al respecto en juicio oral.

Las partes podrán, asimismo, nombrar consultores técnicos versados en la materia de pruebas, en general, o en la materia específica sobre la que trata el estudio en cuestión, para que contemplen las experticias y luego expongan sus apreciaciones en juicio oral. Los consultores técnicos no tienen que ser necesariamente expertos en la misma rama en que lo son aquellos que realizan la experticia, pues su misión puede consistir no en la valoración de la sustancia de la experticia, sino en la supervisión del cumplimiento de las garantías procesales y de las reglas de equidad en la formación de la prueba, tales como la cadena de custodia de la evidencia, por ejemplo.

La víctima, desde que sea admitido para su intervención en el proceso, puede solicitar experticias complementarias o de refutación, cuando a su juicio las realizadas por los peritos oficiales no sean satisfactorias o sean manifiestamente erradas o parciales.

Finalmente, las partes podrán proponer u ofrecer la intervención de expertos o peritos en el juicio oral, a fin de que ejerzan la crítica de las experticias realizadas durante la fase de investigación y cuyos resultados hayan sido promovidos como prueba para el juicio oral, aun cuando no hayan evacuado experticias ni dictámenes durante la fase preparatoria.

3.- *La cualidad de perito o experto*

La actuación de los peritos o expertos, tiene siempre dos aspectos esenciales: el objetivo y el subjetivo.

El aspecto objetivo de la actuación pericial o aptitud del experto lo constituye su dominio de la materia sobre la cual debe dictaminar, y se mide, no tanto a base de títulos exhibidos a priori, como a través de su desempeño concreto como perito. Aquí hay que valorar, mediante los indicadores y parámetros propios de la rama del saber humano de que se trate, la calidad del dictamen emitido y la solidez de sus fundamentos, la forma de expresión del experto y su capacidad para defender sus conclusiones y para convencer.

El aspecto subjetivo del trabajo pericial o actitud del experto, se refiere a las características personales aquel, a sus relaciones probables con las partes, a sus prejuicios e inclinaciones, a sus convicciones personales (morales, religiosas, etc.), todo lo cual puede ser indicador para medir su imparcialidad o su inclinación en un sentido u otro.

La cualidad para ser perito o experto abarca tanto la aptitud, como la actitud que deben reunir las personas que sean admitidas en el proceso penal para la emisión de dictámenes acerca de los hechos objeto del proceso.

Los ordenamientos procesales penales basados en el sistema acusatorios no suelen contener disposiciones copiosas acerca de las condiciones o requisitos que debe reunir una persona para ser experto o perito en un proceso. La razón es muy sencilla: la libertad de pruebas.

Al estudiar los alcances y caracteres que tiene la libertad de pruebas en el proceso penal acusatorio, expresamos que uno de ellos es la libre participación de las partes en el modo de formación de la prueba. Justamente sobre esa base, las partes pueden designar libremente a sus peritos o expertos, sin sujeción a ridículas exigencias de títulos o estudios formales, incluso, y a los solos efectos del proceso penal, en aquellos campos donde la legislación especial exige títulos universitarios. Cada uno, bajo su estricta responsabilidad y expuesto a la crítica permanente de la contraparte, designará a quien entienda conveniente, para que asista a las experticias, practique las suyas propias o sirva de crítico de la actuación de los peritos de la parte contraria.

La cualidad del experto o perito vendrá dada, a fin de cuentas, por la sapiencia y el dominio de la materia que éste sea capaz de demostrar a lo largo de su intervención en el proceso, por su capacidad para exponer, de manera clara, sencilla, directa y convincente, los resultados de su estudio, y de resistir, con éxito, los embates de las críticas de los peritos y consultores técnicos de la contraparte, tanto en lo que se refiere a su sapiencia, como en lo que respecta a su imparcialidad.

Por supuesto, estas máximas funcionan allí donde el proceso es visto como una contienda entre partes adversas, donde cada una de ellas debe ser absolutamente responsable respecto al manejo de la prueba. Sin embargo, esta no es la visión prevaleciente en América Latina, donde todavía se sigue considerando al perito privado más como un auxiliar del órgano jurisdiccional que como un colaborador de la parte que lo ha traído al proceso. El juramento de fiel cumplimiento, la recusación y el nombramiento de los peritos por parte de jueces y fiscales es aceptable solo respecto a aquellos que son funcionarios públicos, pero en modo alguno se justifica con relación a los expertos privados, cuya actuación, en un sistema de prueba libre, tendrá siempre que estar expuesta a la libre crítica de las partes contrarias, tanto en su aspecto objetivo, como subjetivo.

Los expertos pueden ser privados o públicos. Por experto o perito privado entendemos a la persona, que poseyendo conocimientos especiales en algún área específica de la actividad humana, concurre al proceso a rendir informe sobre su particular saber, no en razón de desempeñar una función publica que le obligue a ello, sino en razón de ser llamado a título singular, ya sea a propuesta de parte, o a solicitud del tribunal. En cambio, serán expertos o peritos públicos, aquellos que trabajan órganos y dependencias públicas y que sean requeridos para que, dentro de su horario habitual de trabajo o de sus funciones, y con medios y recursos públicos, realicen las experticias y dictámenes que se les soliciten. Sin embargo, consideramos que las personas expertas que se desempeñan como funcionarios o empleados públicos, pero en áreas no relacionadas con la investigación penal, son o no expertos o peritos públicos, no pueden ser considerados expertos públicos, cuando realicen sus experticias y peritajes fuera de su horario habitual de trabajo y con medios y recursos no públicos. Así por ejemplo, si un médico, empleado de una dependencia de salud pública, es requerido para que dictamine sobre las secuelas de las lesiones sufridas por una persona, pero debe realizar su labor pericial fuera de su horario de trabajo, entonces no existe relación jurídica alguna entre su desempeño como perito y su condición de funcionario público y por tanto, para este caso específico, se trata de un experto privado y podrá reclamar sus honorarios. Y quien pensare otra cosa respecto a ese ejemplo, seguramente se fundará en una muy difundida creencia, burocrática y autoritaria, según la cual el funcionario público es un esclavo del Estado y de sus jefes, que no tendría pleno derecho a disponer de su tiempo libre.

4.- *Diferencias entre testigos, peritos y testigos-peritos*

Es innegable que existen diferencias conceptuales y sustanciales entre un testigo, un testigo-perito y un perito.

El testigo es un sujeto con un conocimiento de los hechos justiciables, adquirido por vía de los sentidos, generalmente con anterioridad al inicio proceso, y que solo debe exponer lo que conoce sobre esos hechos, sin realizar juicios de valor o apreciaciones técnicas sobre los mismos, a menos que sea él mismo un experto y que se le promueva a tal fin.

El experto o perito, en cambio, es un sujeto que viene al proceso para realizar apreciaciones técnicas y ofrecer juicios de valor sobre hechos, de los cuales solo ha conocido con motivo del proceso mismo.

Un testigo experto o testigo perito, es básicamente un testigo, es decir, alguien que viene al proceso a deponer sobre hechos anteriores o concomitantes a éste, que ha presenciado o que conoce por referencias, pero que, al mismo tiempo, posee especiales conocimientos científicos o técnicos que le permiten realizar una valoración calificada de esos hechos sobre los que debe testificar.

Teniendo en cuenta que en la naturaleza del testigo-perito predomina su condición de testigo, es decir el hecho de tener un conocimiento sensorial sobre hechos pasados que interesan al proceso, debe ser promovido, propuesto u ofrecido como testigo, pero haciendo la salvedad de que se trata de un testigo-perito de manera que la contraparte pueda conocer la condición de experto del testigo y esté en condiciones de confrontarlo como tal. Fuera de esta circunstancia, indispensable para el mantenimiento de la igualdad y la contradicción adecuada de la prueba, no existe razón alguna para que los testigos expertos no intervengan en el proceso penal acusatorio en condición de testigos.

Por tanto, desde el punto de vista del equilibrio procesal, quien intente valerse del testimonio de alguna persona que posea conocimientos especiales que le permitan emitir juicios técnicos sobre lo apreciado por sus sentidos, tendrá que advertir a las demás partes que esa persona es un testigo-perito. Cualquier infracción de esta sencilla regla puede ser denunciada como falta de igualdad y probidad en el debate. En ese estado, el tribunal tiene dos opciones: o continúa el juicio prohibiéndole al fiscal interrogar al testigo experto sobre cuestiones técnicas, o suspende la sesión para que la defensa se prepare en el sentido arriba indicado.

5.- *La ordenación de la prueba pericial en el sistema acusatorio*

En la fase preparatoria, las experticias deben ser ordenadas por el funcionario a cargo de la instrucción en la fiscalía, o por el juez o tribunal que rige, gobierna o controla esa etapa del proceso, siempre de conformidad con las reglas del criterio racional y atendiendo, lógicamente, a la naturaleza del objeto que deba ser materia de experticia. Únicamente de esos criterios debe depender la designación de los expertos y las instituciones donde las pericias deben ser llevadas a cabo. Si los fiscales, los jueces de instrucción o los instructores policiales, no tienen el suficiente criterio para determinar cuándo, dónde y por quién debe hacerse una experticia, entonces no se podrá culpar de ello a la ley procesal, sino a toda una sociedad que no es capaz de generar funcionarios eficientes y que amerita, por tanto, un profundo replanteo.

En los ordenamientos procesales donde el Ministerio Público es el sujeto director de la instrucción corresponde a los fiscales instructores, con auxilio de los investigadores policiales, determinar qué clase de experticia deben realizarse para comprobar el cuerpo del delito y la responsabilidad de las personas. Al mismo tiempo, el funcionario a cargo de la instrucción debe determinar si se realiza o no alguna experticia que haya sido solicitada por el imputado o por el querellante privado. En este sentido el funcionario instructor es ordenador de prueba respecto de las experticias en la fase preparatoria. En caso de negativa por parte del funcionario instructor, las leyes normalmente prevén recursos o protestas destinados a revisar ese tipo de decisiones y a restablecer el equilibrio procesal, cuando sea de justicia hacerlo.

En la fase intermedia, el juez o tribunal a cargo de esta etapa del proceso es el admisor y ordenador de prueba respecto a las experticias o declaraciones de expertos que se promuevan para el juicio oral. Es bueno señalar aquí, que quien pretenda promover el dictamen de peritos para el juicio oral, debe proponerlos por su nombre y apellidos, y expresar sobré qué versará su dictamen o exposición, es decir debe explicar la utilidad y pertinencia de la prueba. Pero si alguna de las partes desea proponer como prueba solo el dictamen que algún experto o perito haya rendido en la fase preparatoria, sin solicitar la intervención del experto en persona durante el juicio oral, ese dictamen solo tendrá la fuerza de un documento más, pues en este tipo de sistema, para que tal dictamen se considere como prueba pericial, en toda su extensión, es menester que el experto que lo redactó se presente en juicio para exponerse al escrutinio de las partes. Lo mismo sucede cuando el perito, aun oportunamente propuesto y admitido, no comparece al juicio oral.

Una vez admitida la promoción de los peritos para el juicio oral, corresponderá al tribunal de juicio citarlos para que concurran al debate oral.

6.- *La valoración de la prueba pericial en el sistema acusatorio*

La valoración de la prueba pericial en el proceso penal acusatorio se produce, por lo general, bajo el principio de la unidad de prueba, es decir, analizando cada experticia por separado y luego en su relación lógica con las demás probanzas de distinta índole obrantes en el proceso, bajo las reglas de la sana crítica o libre valoración razonada. Solo allí donde los veredictos definitorios de los juicios orales deban ser pronunciados por jurados, se aplica la íntima convicción que, como ya sabemos, por su falta de motivación, nunca nos permite saber cómo ha sido en realidad la apreciación de la prueba.

En el proceso penal acusatorio existen dos momentos fundamentales para la valoración de la prueba pericial, junto a las demás probanzas como ha quedado dicho. Esos dos momentos son la fase intermedia y la sentencia definitiva.

En el epígrafe dedicado al estudio de las formas específicas de valoración de la prueba, como parte de la actividad probatoria en general, explicamos con detalle las reglas básicas para la valoración de la prueba pericial.

C.- LA PRUEBA DOCUMENTAL

1.- *La condición de los documentos en el proceso penal acusatorio*

En términos generales, entendemos por documento todo medio material donde se recojan manifestaciones de voluntad, se muestren imágenes representativas de un estado de cosas pasadas o se deje constancia de la ocurrencia de ciertos actos o hechos[110].

De tal manera, y en razón del principio de prueba libre imperante en el proceso penal acusatorio, pueden traerse al proceso documentos escritos, bien sean públicos o privados, ya sea que contengan declaraciones de las propias partes que les afecten a sí mismas o a terceros o documentos en los cuales se deje constancia de determinados hechos naturales o actos humanos. La variedad en esto es infinita y tiene que ver mucho, con el tipo de delito que se esté ventilando

---

[110] .- La definición arriba expresada agota los cuatro caracteres doctrinarios fundamentales que distinguen lo que puede considerarse documento a los efectos procesales: su carácter histórico, su esencia material, su connotación objetiva y su representatividad. Estas características diferencian al documento, que es una cosa, de las pruebas materiales (objetos), pues el testimonio es un acto, personal y subjetivo, y no existe fuera del proceso, en tanto que los objetos no son representativos sino meramente indicativos y, por ello, asociados a la prueba indiciaria. Respecto a los documentos, Carnelutti diferencia los llamados documentos autógrafos de los heterógrafos, es decir, los que escribe o forma una persona por su propia mano sobre hechos que le afectan, y los que escribe o forma una persona con efectos sobre otra; esta distinción es importante a los efectos de la ordenación de posibles cotejos según se presenten las referidas clases de documentos. Sobre el particular recomiendo consultar a : Gorphe, François. La apreciación judicial de la prueba, Editorial Temis, Bogotá, 1998, pp. 141-168; Carnelutti, Francesco. *La Prueba Civil*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp.158-191; Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*. Editorial ABC, Bogotá, 1998, Tomo II, pp. 411-420.

en el proceso, es decir, se usan los documentos tanto por los acusadores como por la defensa, para probar o refutar los hechos y circunstancias que pueden ser constitutivos del tipo penal o de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que estén en discusión. Pero también se usan los documentos para calzar indicios, para probar la existencia misma del delito, o para probar la misma responsabilidad penal, lo cual es muy poco frecuente, como veremos luego.

Los documentos, como ya sabemos, constituyen medios indirectos de prueba, ya que por su carácter histórico solo informan al juez y a terceros sobre hechos pasados que no han podido contemplar directamente. La fuente de la prueba en los documentos está constituida por las manifestaciones o representaciones que ellos contienen. Por lo tanto, cuando hablamos de documentos falsos o falsificados, bien sea que se trate de falsificaciones ideológicas o relativas al contenido, o sea que se trate de falsificaciones materiales o referidas a la sustancia del documento, el documento cuestionado no constituirá prueba documental, sino prueba material, ya que el contenido del documento falso, precisamente por su falsedad, no puede hacer prueba de nada, salvo de que han sido alterados o forjados, y por ello pueden ser traídos al proceso como piezas de convicción (evidencia material) del delito de falsificación junto con las pruebas de su falsedad, que por lo general son otros documentos, experticias o testimonios.

Los documentos que tienen cabida en el proceso penal por su origen se clasifican en dos grupos:

a.- Documentos intraprocesales; y

b.- Documentos extraprocesales.

a.- Documentos intraprocesales

Los *documentos intraprocesales* son aquellos que se forman en el curso del proceso, tanto por la actividad exclusiva de los funcionarios de investigación y jurisdicción, como aquellos donde intervienen las partes o terceros. Se trata de las actas que recogen los actos procesales, las decisiones de los jueces y fiscales y las solicitudes y alegatos de las partes.

Dentro de este rango de documentos producidos en el seno del proceso penal, solo tienen fuerza de documentos públicos las certificaciones de las decisiones judiciales firmes legalmente expedidas, las cuales hacen fe nada más que respecto a los hechos a que se refieran, tales como la inexistencia de mérito para incoar el proceso y la existencia de las causas que motivan el sobreseimiento, la absolución o la condena. Pero jamás —y léase bien—, jamás, las actas procesales que recogen diligencias de investigación en la fase preparatoria pueden tener el efecto del documento público civil que, como se sabe, hacen plena prueba del hecho a que se refieren, salvo prueba en contrario.

Los documentos que recogen el resultado de las diligencias de investigación, sobre todo las que se forman para fijar evidencia incriminatoria (actas de inspecciones, allanamientos o reconocimientos), no tienen fe pública *erga omnes* por una muy simple razón: son realizadas o bien sin la intervención del imputado o contra su voluntad. El documento público civil, por el contrario, da fe pública de relaciones lícitas, asumidas de manera voluntaria por aquellos a quienes se les oponen dichos documentos en juicio, por lo cual, para desvirtuarlos, tendrían que probar que fueron obligados a otorgarlos o que se trata de documentos alterados o forjados.

En cambio, el acta que recoge el desarrollo de un allanamiento, por ejemplo, es siempre sospechosa de ilegalidad en el proceso penal acusatorio, que se rige por el principio de prueba libre («favor regulae[111]»), es decir, es siempre susceptible de sana crítica y puede ser descartada por el juez por razones de simple máxima de experiencia sin que sea menester que el imputado produzca prueba alguna en contrario. El sistema inquisitivo, por el contrario, confiere pleno valor a ese tipo de documento intraprocesal, formado a espaldas del imputado, bajo el imperio del secreto sumarial y lo obliga a probar en contrario. Por esta razón, entre otras, el paradigma esencial del sistema probatorio del sistema inquisitivo, según el cual, las pruebas del sumario producirán plenos efectos en la sentencia definitiva, salvo que sean desvirtuados o destruidos en el plenario o debate judicial, es una verdadera canallada, porque las posibilidades del control y la contradicción de las pruebas en ese sistema son mínimas.

b.- Documentos extraprocesales

Los *documentos extraprocesales* son aquellos que no son formados en el seno del proceso ni con motivo de éste y que son incorporados al proceso por los órganos de investigación, por las partes o por terceros. Los documentos extraprocesales son, por lo general, preexistentes al proceso y pueden consistir en escrituras públicas otorgadas ante registradores o notarios, certificaciones de actas procesales o decisiones judiciales recaídas en otros procesos, o simples cartas personales, facturas mercantiles, pequeñas notas personales, publicaciones periódicas, libros, impresiones de fax o telex y cualquier clase de impresos que contengan textos en los que pueden apreciarse manifestaciones de voluntad o reseña de hechos, así como también fotografías, grabaciones magnetofónicas, filmaciones, etc.

[111] .- "Favor regulae" sinifica: regla de favorabilidad. Es un principio básico del manejo de la evidencia en el proceso penal acusatorio moderno, según el cual su adquisición por parte del Estado está sometida a una serie de reglas, que imponen a los órganos de investigación la obligación de obtener la evidencia con estricto apego a la legalidad, sin engaños, ocultamientos o menoscabo de los derechos individuales de las personas y con absoluta pulcritud en su tratamiento, para evitar confusiones o contaminaciones que minen su valor probatorio e induzcan la duda (cadena de custodia).

Respecto al valor probatorio de los documentos extraprocesales en el proceso penal, desde mucho tiempo ha, hemos sostenido, siguiendo a Merito Brito[112] y Prieto Morales[113], quienes a su vez se inspiraban en Florian[114], que los efectos del proceso penal, en el cual la prueba documental rara vez puede ser preconstituida, la tradicional distinción entre documento público y documento privado es casi irrelevante, salvo en lo que se refiere a la existencia de firmas indubitadas con trascendencia al fondo del asunto y que, por lo general, el contenido de los documentos, aun públicos, cuando se refieren a hechos en los que intervienen personas, deben ser convertidos en testimoniales a fin de obtener la mejor vivencia que nos aporta la prueba personal.

La explicación de lo antes dicho es sencilla. Los documentos públicos muy raramente y solo por error, pueden ser prueba eficiente de un delito, porque nadie ocurre ante un funcionario público para hacer constar hechos que constituyan delito o para realizar negocios jurídicos que pudieran constituir delito: Es difícil que alguien convoque a un notario para que dé fe de un contrato de sicariato o de una operación de lavado de dinero proclamada como tal, y más difícil aun que el funcionario dé curso a un documento de ese tipo.[115] Por otra parte, si alguien hace constar en un documento público, verbigracia un testamento, un hecho delictivo que haya cometido, y después no muere, entonces dicha manifestación no tendrá valor por sí sola como prueba en un proceso penal acusatorio, por dos razones contundentes: la una, porque se trata de una manifestación extrajudicial y, la otra, porque la confesión por sí sola no es prueba en ese sistema procesal. En ese caso habría que acreditar el cuerpo del delito y sus circunstancias.

De tal manera, a los efectos de la prueba eficiente del delito, el documento público es de menor importancia que el documento privado, pues es mucho más frecuente que las autoinculpaciones o incriminaciones de terceros se encuentren en anotaciones personales, diarios íntimos, notas de amor, epístolas familiares, mensajes de amenaza o intimidación y cosas por el

---

[112] .- Ver: Merito Brito, Eloy Genaro. El procedimiento penal cubano. Jesús Montero Editor, La Habana, 1943.

[113].- Ver: Prieto Morales, Aldo. Derecho Procesal Penal. Editorial Orbe, La Habana, 1974, Tomo II.

[114] .- Ver: Florian, Eugenio. De las Pruebas Penales, Editorial Temis, Bogotá, 1982, pp. 253-258. Por cierto, y ésta es una nota que debieran leer los estudiosos y los que, desde la óptica del derecho procesal civil, y concretamente, desde la esfera de la prueba civil, deseen acercarse críticamente al sistema de prueba libre propio del proceso penal acusatorio y en particular el consagrado en el Código Orgánico Procesal Penal: el maestro Eugenio Florian, el más destacado estudioso de la prueba penal nada menos que en ese emporio de la ciencia jurídica llamado Italia, no incluyó para nada el estudio de la prueba documental en su célebre tratado Delle Prove Penali, cosa que siempre nos ha llamado poderosamente la atención, y no es que el maestro hubiere negado la utilidad de la prueba documental, como hizo respecto de la prueba indiciaria, es que simplemente no la mencionó en el tomo segundo de su obra dedicado a las pruebas en particular. Será que Florian estaba sumamente convencido, como lo estaban los maestros Stopatto, Manzini y Mortara, al redactar la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Penal Italiano de 1930 (1931) en el sentido de que «el juez penal no tiene límites en el restablecimiento del derecho violado y no hay razón alguna para limitar la libertad de prueba en los contratos cuando no se limita con respecto a todas las demás relaciones de índole civil, como son, por ejemplo, los derechos reales». (Florian, Ob. cit., p. 255).

[115] .- En la legislación sobre registros y notarías de muchos países es una norma consagrada, que los funcionarios a cargo de esas dependencias no pueden autenticar ni protocolizar documentos que contengan expresión de actos que pudieran constituir delito, y que tienen el deber de poner esos hechos en conocimiento de las autoridades de investigación penal.

estilo. Obviamente, cuando en un proceso penal se hagan valer contra los imputados este tipo de documentos, será necesario que los acusadores promuevan alguna forma de experticia caligráfica, grafotécnica o grafológica, para determinar si los escritos fueron realizados por la mano de los imputados o con sus máquinas de escribir, impresoras de computación, etc., o en papel existente en sus casas o lugares de trabajo, salvo que el imputado los admita como de su autoría.

Los documentos públicos en el proceso penal suelen utilizarse, más que todo, para calzar indicios y por eso los autores que niegan la prueba indiciaria, como Florian, consideran que los documentos no pueden aportar mucho al proceso.[116] Así, por ejemplo, los documentos públicos pueden usarse para acreditar que un funcionario acusado de corrupción, ha adquirido bienes que superan sus ingresos legales o que mantiene cuentas mancomunadas con una amante en el extranjero. También puede ser usada cierta documental pública, como la Gaceta Oficial, verbigracia, para probar que el imputado era funcionario público al momento de solicitar a otro dinero para "agilizarle" su caso en una oficina gubernamental, y así demostrar que el imputado tenía el carácter de funcionario público que exige una imputación de concusión o cohecho.

También puede usarse documentos públicos para probar que alguien se encontraba en un sitio en una fecha y hora determinadas. Como se sabe, una de las funciones de los documentos públicos es dar fe sobre la fecha cierta de los actos jurídicos; y por ello, cualquiera que sea imputado de haber participado en un hecho delictivo en un lugar determinado, puede traer al proceso un documento público que haga prueba de que el día de autos se encontraba otorgando esa escritura en un lugar muy lejano. Claro que esa circunstancia también puede ser probada con documentos privados, tales como periódicos del día, videos de noticieros de televisión de ese día, o simplemente testigos que dieran fe de que el imputado estaba en lugar distinto al que señala la acusación; pero, en todo caso, estos medios de descargo tendrían el mismo rango de eficacia que los usados por la imputación y estarían sometidos a la sana crítica. El uso del documento público en ese caso sería concluyentemente exculpatorio si la fiscalía no puede probar que es falso, o que se refiere de personas distintas del imputado, o que éste tuvo tiempo, de cualquier manera, para realizar ambas cosas en un día, como sería, por ejemplo, trasladándose en avión de un sitio a otro. Pero repito, frente a un documento público que hace fe de que el imputado estuvo en lugar el día de marras, el fiscal o el acusador privado tienen que probar en contrario, pues se trataría del deber de la parte acusadora de desvirtuar una coartada que se basa en un documento público.

Lo dicho anteriormente nos obliga a realizar ciertas consideraciones acerca de cuál es el valor probatorio del documento público extraprocesal en el proceso penal acusatorio.

---

[116] .- Ver notas anteriores.

Los documentos públicos que dan fe de negocios jurídicos o de hechos naturales o actos humanos con relevancia jurídica (contratos, nacimientos, muerte, matrimonio, etc.), existen precisamente para crear certeza jurídica respecto a estos acontecimientos, y por ello tales documentos están respaldados por la fe pública, es decir, gozan de una presunción general de veracidad en cuanto a su forma, sus otorgantes, su fecha y lugar de realización, sus contenidos y efectos, y en cuanto a los funcionarios que los han autorizado. Esta eficacia probatoria, conferida a esos documentos por la legislación civil, opera en todos los campos de la vida donde deba ser acreditada la veracidad del contenido de esos documentos, incluido, claro está, el proceso penal. Los documentos públicos pueden tener, incluso, tienen un valor probatorio *ad substantiam actus*, es decir, fundado en normas sustantivas de prueba, según las cuales la existencia misma de un acto jurídico depende de que conste en un documento público, como vimos al estudiar la naturaleza de las normas del derecho probatorio. En este caso el documento público tiene un efecto constitutivo respecto al acto en cuestión, que debe ser observado, sin duda alguna, también en el proceso penal.

Lo anterior significa, ni más ni menos, que un documento público traído al proceso penal, hará plena prueba del hecho a que se refiere, a menos que ese documento sea desvirtuado en el proceso mediante otros medios probatorios. Esto es, el juez de lo penal no puede considerar que sea falso el hecho de que un acusado de peculado haya comprado una mansión de mucho valor, si la fiscalía ha traído al proceso copia certificada de la escritura pública de compra-venta de dicha mansión, en la que aparece aquel como otorgante adquirente, a menos que el imputado haya producido prueba suficiente que demuestre la falsedad del documento, o que el comprador es un homónimo suyo.

En estos casos, en razón de la existencia de una norma legal que consagra el valor probatorio *erga omnes* de una escritura pública, el juez de lo penal no puede desconocer la eficacia probatoria de esa escritura, a menos que se demuestre su falsedad material o ideológica, es decir, a menos que el documento público sea refutado directamente. A fin de cuentas, el derecho probatorio es uno solo y sus normas, entendidas como un todo, deben ser respetadas en todas las jurisdicciones, pero sin perder de vista que la materia objeto de prueba tiene relevancia específica en cada una de ellas. Así, por ejemplo, en un juicio civil, la eficacia probatoria no controvertida del documento público expresa que A es acreedor de B, resolvería el juicio a favor de A y debe conducir a la condena de B. Pero en un proceso penal seguido contra A como presunto homicida de B, esa eficacia no controvertida de ese documento, si bien indica que A pudo tener un motivo para matar a B, en tanto no le pagaba lo adeudado, no puede ser jamás prueba concluyente y automática de que B es el homicida.

Pero la libertad de prueba puede ir todavía más lejos en el proceso penal acusatorio respecto a los documentos públicos extraprocesales, pues allí es posible enervar la eficacia

probatoria del instrumento público de manera tangencial, es decir, sin atacarlo en su sustancia o en su contenido. Así, en nuestro ejemplo anterior, si el funcionario acusado de peculado prueba que él actuó como testaferro de otra persona o que pagó la mansión con dinero prestado o donado por un tercero, la eficacia probatoria de la escritura pública de compra-venta de la mansión perderá fuerza probatoria como indicio contra el supuesto peculador. Y sépase que cuando hablamos de probar estas circunstancias, no nos referimos a que venga el supuesto prestamista y simplemente declare que él le prestó el dinero al acusado, sino de que el referido sujeto haya expresado, y así haya sido comprobado, de qué cuenta sacó el dinero y de que el imputado diga, y también sea comprobado, en qué cuenta lo depositó, etc. En estos casos se dice que el documento público ha sido refutado indirectamente, pues aun cuando su validez formal no es cuestionada, su eficacia probatoria indiciaria queda reducida a la nada.

De todo lo antes dicho quedan claras dos cosas: la primera, que los documentos públicos, como se dijo, vienen al proceso penal generalmente para probar indicios y la segunda, que dichos documentos hacen plena prueba de los actos o declaraciones a que se refieren, a menos que se demuestre que son forjados, adulterados o falsos en su contenido, lo cual no debe extrañar a nadie porque así ocurre también en el proceso civil. Sin embargo, y como ya hemos visto, en el proceso penal el documento público puede ser refutado indirectamente, porque de manera usual, el documento en este tipo de proceso viene a probar hechos periféricos y concomitantes a la conducta delictiva propiamente dicha, en tanto que en el proceso civil los documentos tienen mucho más que ver con los hechos centrales del proceso.

Lo mismo ocurrirá con los documentos privados, con la agravante de que éstos no están protegidos por las mismas presunciones de validez que la legislación civil confiere a los documentos públicos, y más aún si tomamos en cuenta que la forma en que está dispuesta la carga de la prueba en el proceso penal acusatorio comporta prácticamente el beneficio del desconocimiento de oficio de los documentos privados que puedan oponérsele al imputado. De tal manera, la nota encontrada en casa del occiso, firmada por aquél y en la que le anunciaba que le mataría, y que la policía y la fiscalía esgrimen como prueba, será inocua si no se reafirma con la pericial caligráfica respectiva.

Es necesario tener en cuenta también, que no podrá admitirse como pruebas documentales en el proceso, fotocopias o reproducciones simples, y en todo caso se exigirán originales o copias certificadas conforme a la ley civil, que es la que rige el ámbito de validez probatoria de los hechos que se pretenden acreditar por esos medios, pues se trata de hechos de naturaleza eminentemente lícita y civil. De ahí que hayamos dicho que la ley civil acudirá siempre aquí a suplir las carencias del ordenamiento procesal penal en ese ámbito, pues no es su función natural servir de marco de dilucidación de la validez o certeza de los actos civiles, mercantiles, laborales o administrativos, sino cuando ello sea necesario a los fines de determinar la participación de las

personas en el delito, sus responsabilidades concretas, la calificación de los hechos y la pena a imponer.

Por las mismas razones, cuando los documentos que deban traerse al proceso hayan de ser obtenidos en el extranjero, será menester su legalización por las autoridades del país emisor y por las autoridades venezolanas. Por otro lado, los documentos deben ser valorados íntegramente, sin que se permita dividir su contenido para tomar solo lo que perjudique o beneficie a una parte.

Por otra parte, en materia de estado civil de las personas, existe una regla *juris tantum* casi universal que excluye la libertad de prueba en ese ámbito dentro del proceso penal, salvo cuando alguna situación relativa al estado civil de alguna persona haya sido alegada como cuestión prejudicial y el tribunal de lo penal se vea en la necesidad de resolverla por si mismo, cuando no lo hayan hechos los jueces de lo civil. En ese caso es inobjetable que podrá articularse cualquier prueba para probar la situación alegada.

2.- *La prueba documental en la fase preparatoria*

La prueba documental en la fase preparatoria está indisolublemente ligada a la existencia de alguna forma de recolección de las actas procesales y de los documentos extraprocesales que se incorporen a la investigación y a la instrucción. Esta forma de recolección puede consistir en un expediente o legajo, que es lo más cónsono con la tradición eurocontinental, pero puede realizarse también a través del sistema de carpetas o cajas archivadoras que suelen usar los anglosajones. El sistema de expediente o legajo consiste, como todos sabemos, en la reunión de los documentos del proceso en forma de libro, agregándolos de forma cronológica, según se vayan produciendo o incorporando al proceso, numerándolos o foliándolos en forma consecutiva, y asegurándolos mediante costura, engrapado o presillado, pero siempre de manera tal que sea posible agregar nuevos documentos al legajo. Cuando el expediente alcance un grosor que haga difícil su manejo, se debe cerrar esa pieza, es decir, debe dejarse constancia de que ya no es posible adicionar nuevos documentos al legajo ordenarse la apertura de otra pieza, y así sucesivamente. En este punto deseo dejar muy claras mis simpatías por el expediente o legajo, dada la seguridad jurídica que éste aporta y mi total aversión por el sistema anglosajón de files o boxes, dónde los documentos, si bien son numerados (*evidence number twenty- eight, for example*), están sueltos los unos de los otros y ello puede dar lugar a desperdigamientos y extravíos.

La prueba documental se forma o incorpora a las actuaciones de la fase preparatoria en la medida en que se van produciendo las distintas actuaciones de los órganos de investigación, de los tribunales y de las partes.

Por lo general, las primeras actas procesales que aparecen en una investigación penal son la denuncia y el acta de inspección del lugar donde hayan aparecido las huellas de un presunto delito, pero a partir de ahí las actuaciones pueden ir engrosándose con informes periciales, actas de reconocimientos, actas que recogen la realización de allanamientos, levantamiento de cadáveres, informes de autopsias, entre otros documentos.

Las actas procesales de este tipo constituyen la clásica prueba documental intraprocesal formada en la fase preparatoria, con independencia de que los hechos a que ellas se refieren puedan ser corroborados o desvirtuados luego en el juicio oral por otros medios, tales como la declaración de los que fueron testigos instrumentales o mediante documentos o experticias (peritajes) que demuestren que los hechos referidos en la mismas ocurrieron o pudieron ocurrir de esa u otra manera. Estas actas procesales, como ya explicamos, no gozan, de manera alguna, de fe pública en lo que se refiere a su valor incriminante respecto al imputado[117] y por tanto están sometidas a la libre contradicción de las partes y a la libre apreciación de los jueces y jurados.

En la fase preparatoria e intermedia, corresponde a jueces y fiscales, de acuerdo con el diseño procesal específico de que se trate, el apreciar el valor de los resultados de las diligencias de investigación contenidos en estas actas, a los efectos de tener por imputado a una persona o tomar contra ella medidas cautelares personales o patrimoniales.

Por otra parte, como resultado de la actividad de investigación y de instrucción, los órganos encargados de esas actividades pueden llevar al expediente todos los documentos extraprocesales, públicos o privados, que consideren necesarios, tanto para incriminar como para exculpar al reo. Estos documentos pueden ser de la clase más variopinta que pueda imaginarse, tales como escrituras públicas que versen sobre contratos, documentos autenticados ante notario público que recojan negocios jurídicos de cualquier índole, facturas comerciales, notas de tintorería, recibos de hospedaje, boletos de transporte público, informes de funcionarios o particulares, resultado de auditorias, etc.

Los querellantes privados y los defensores, desde que sean parte en el proceso tienen la misma oportunidad de incorporar documentos al expediente de fase preparatoria, y pueden, claro está, incorporar cualquier gama de documentos. Estas partes tienen también la posibilidad de solicitar al funcionario instructor de la causa que practique allanamientos, ocupaciones de objetos, reconocimientos de personas, reconstrucciones de hechos o experimentos de instrucción y luego invocar el mérito favorable de las actas de dichas diligencias[118].

---

[117] .- Aclaramos que la falta de fe pública de las actas procesales que recogen diligencias de investigación realizadas durante el sumario o fase preparatoria, carecen de fe pública respecto a la responsabilidad del imputado, que el núcleo del objeto del proceso penal, porque en ciertos casos, como el levantamiento de cadáveres plenamente identificados, esas diligencias hacen plena prueba, no sólo del fallecimiento de esa persona, que es un hecho civil a fin de cuentas, sino de la existencia del delito mismo o cuerpo del delito.

[118] .- Ibídem.

Los documentos pueden ser usados por las partes acusadoras en el proceso penal en general y en la fase preparatoria en particular, para probar circunstancias como las siguientes:

1.- *La causa probable del delito o móvil del imputado.*

Ejemplos:

a.- En un caso de homicidio donde el móvil pudiera ser una deuda, esta se probaría mediante el documento donde conste el débito.

b.- Si se trata de alguien que ultimó a quien pretendió extorsionarle, la nota que el presunto chantajista occiso le envió al imputado podría ser la prueba del móvil.

c.- Si se presume que la infidelidad conyugal pudo se la causa del homicidio o de lesiones, la correspondencia entre el cónyuge infiel occiso y su amante a su amante, encontrada en poder del imputado, podría ser la prueba.

d.- La mala situación económica personal de un funcionario, evidenciada por los reclamos de pago de su operador de tarjeta de crédito con anterioridad al desfalco que se le atribuye podría ser la prueba de sus motivaciones.

e.- Un recibo de pago con tarjeta de crédito, puede ser prueba de que un conductor, que se vio envuelto en un aparatoso accidente de tránsito, había estado minutos antes en el bar donde realizó el consumo a que se refiere el bar.

2.- *Los hechos constitutivos de los elementos del tipo penal imputado*.

Ejemplos:

a.- La nota que dirige el concusionario a la víctima reclamando la dádiva.

b.- El documento donde consta el nombramiento del concusionario como funcionario público.

c.- El documento público verdadero que demuestra que el esgrimido por el imputado es falso, etc.

3.- La presencia de una persona en el lugar de los hechos.

Ejemplos:

a.- El listado de pasajeros de una línea aérea que se usa para probar que un sujeto viajó a la ciudad donde se le acusa de haber cometido un delito.

b.- El ticket de tintorería hallado en el allanamiento de su casa y que corresponde a una tintorería de aquella ciudad, y otros casos semejantes.

4.- *Los efectos o rastros probables del delito*.

Ejemplos:

a.- Las escrituras de compra-venta de inmuebles, yates o aviones ejecutivos respecto a delitos contra el patrimonio público cometidos por funcionarios públicos corruptos, o por

ejecutivos que defraudan a las empresas para las cuales trabajan, o por personas sindicadas de contrabando o de tráfico de estupefacientes.

5.- *Las circunstancias personales de los imputados o de las víctimas, o circunstancias provenientes del hecho*.

Ejemplos:

a.- Las certificaciones de las partidas del registro del estado civil, para probar edad, parentesco y estado civil.

b.- Las certificaciones del registro de antecedentes penales para probar esta circunstancia respecto a los imputados.

c.- Los documentos de propiedad para demostrar que los bienes afectados por ciertos delitos son de tal o cual persona, natural o jurídica, cuando ello tiene relevancia para el proceso.

La defensa puede usar la prueba documental para destruir cualquiera de esas situaciones antes mencionadas, bien argumentando sobre los defectos o falta de cualidad probatoria de los mismos documentos que se le oponen a su representado o bien trayendo al proceso otros documentos que pudieran probar lo contrario.

La oportunidad para producir o incorporar (promover) documentos a la fase preparatoria, comienza, para los funcionarios de instrucción, desde que se ordena el inicio de la investigación de fase preparatoria y para el querellante y el imputado y su defensor, desde que son parte en el proceso.

Los funcionarios encargados de la fase preparatoria producirá o incorporará al proceso, los documentos que estime necesarios, pero el querellante y el imputado y su defensor podrán impugnarlos una vez que sean parte y sepan de la incorporación. Igualmente, el que dirija la instrucción tendrá la misión de buscar y asegurar la prueba documental, de oficio o a instancia del querellante o del imputado y su defensor, mediante las diligencias de allanamiento y ocupación, o simplemente mediante la solicitud de entrega, exhibición o copias certificadas de los documentos a quienes los tengan en su poder o custodia, según el caso. A su vez, el funcionario instructor debe resolver sobre la incorporación al proceso de los documentos que presenten las demás partes, mediante resolución fundada, contra la cual generalmente hay recursos y protestas por ante el tribunal de la causa o algún órgano de alzada.

La oportunidad para contradecir u oponerse a la incorporación de cualquier documento al proceso durante la fase preparatoria, existe desde el momento mismo en que conozca de su incorporación al expediente o de la solicitud para ello, y tal oportunidad existe hasta el momento mismo en que se ponga fin a dicha fase, trasladándose luego al ulterior curso del proceso. Toda controversia que se suscite entre los funcionarios de instrucción y las partes con motivo de la no

admisión de un medio probatorio debe ser resuelta por el tribunal de la causa o algún órgano de alzada según lo establecido en la legislación correspondiente.

Pero la posibilidad de contradicción de la prueba en la fase preparatoria subsiste más allá del archivo y de la solicitud de sobreseimiento como actos conclusivos de esa fase, pues la negativa o evasiva de incorporación de una prueba a la fase preparatoria por el fiscal o su negativa o evasiva a pronunciarse sobre la impugnación de una prueba, puede ser la razón de inconformidad con cualquiera de estas dos clases de acto conclusivo. De tal manera, el imputado puede fundar su oposición al archivo fiscal sobre la base de su oposición a la admisión de tal o cual documento que le perjudica y que él considera inadmisible. Lo mismo puede suceder si la víctima o querellante, en su caso, al oponerse al archivo fiscal o la solicitud de sobreseimiento, consideran que no debió admitirse tal documento que arroja dudas sobre la responsabilidad o culpabilidad del imputado o que le exculpa a juicio del fiscal. Las oposiciones a la acusación por razones de pruebas oportunamente propuestas y admitidas que no fueron evacuadas o por contradicciones de prueba no resueltas, no forman parte de la actividad probatoria de la fase preparatoria, sino de la fase intermedia, y como tales se analizan más adelante.

Resumiendo este acápite, podemos decir que la participación de las partes en la actividad probatoria durante la fase preparatoria del proceso penal acusatorio, por lo que a los documentos respecta, es plena, ya que pueden tomar parte en su promoción, búsqueda, conservación e incorporación al proceso, en la evaluación de su idoneidad, pertinencia y utilidad a los efectos de su admisión, así como en su valoración a los efectos de la solución de aquellas cuestiones propias de la fase preparatoria que ameritan prueba, tales como la desestimación de la denuncia o la querella, las causas de extinción de la acción penal, la imposición de medidas de coerción personal, la impugnación del archivo fiscal, y el sobreseimiento, entre otras.

3.- *La prueba documental en la fase intermedia*

La actividad probatoria en la fase intermedia no está dirigida a la búsqueda e incorporación de nuevas fuentes de prueba, sino a evaluación de aquellas recogidas e incorporadas durante la fase preparatoria, a fin de dilucidar si son suficientes, legales, pertinentes y útiles para sustentar una acusación o si, por el contrario, ameritan un sobreseimiento.

Por lo tanto, en la fase intermedia, no existe búsqueda, conservación, ni incorporación de fuentes de prueba contenidas en medios documentales de prueba, y la actividad probatoria, en lo que a documentos se refiere, se limita a la promoción y valoración en los siguientes sentidos:

1.- En la fase intermedia la prueba documental debe ser objeto de promoción u ofrecimiento por parte del Ministerio Público y del acusador particular, en su caso, a los efectos de fundamentar sus acusaciones es decir, las partes acusadoras fiscal, en sus escritos acusatorios

deben señalar cuáles son los documentos que obran en el expediente, que apoyan su tesis acusatorias. A estos efectos, los acusadores no pueden más que señalar documentos que obran en el expediente, con independencia de quién los haya traído al proceso, según el principio de comunidad de prueba. Esta indicación debe hacerse en un apartado especial del escrito acusatorio, donde deben relacionarse los documentos de que intenten valerse, y que pueden ser las actas procesales contentivas del resultado de inspecciones, reconocimientos, reconstrucciones de los hechos, experimentos de instrucción y allanamientos, así como los documentos incorporados al proceso que estime conveniente. Los acusadores indicarán además la necesidad y pertinencia de la prueba, bien señalando en el relato de los hechos, los documentos que prueban sus asertos, o bien explicando, en el capítulo de promoción u ofrecimiento, qué se quiere demostrar con cada uno de los documentos ofrecidos como prueba. La defensa, por su parte, puede señalar igualmente, cuáles de entre los documentos aportados al proceso por ella o por las partes acusadoras tienen relevancia para demostrar los fundamentos de su tesis procesal. En este sentido, las partes están promoviendo prueba documental para el juicio oral.

2.- En la fase intermedia, asimismo, los documentos incorporados al proceso o producidos en el mismo, durante la fase preparatoria, son objeto de valoración, junto a toda la masa de probanzas, a los efectos de la determinación de si se sobresee la causa o si se abre el proceso a juicio oral.

3.- Finalmente el tribunal de la causa, en la fase intermedia, si decide la apertura a juicio oral, debe resolver sobre la legalidad, utilidad, conducencia y pertinencia de los medios de pruebas ofrecidos por las partes para el juicio oral.

4.- *La prueba documental en el juicio oral*

Para su práctica, evacuación o desahogo en juicio oral la prueba documental debe ser llevada a la fuente oral mediante la lectura. De esta manera los documentos se pliegan a la exigencia general de «*oralizar*» todos los contenidos gráficos del juicio oral. Bajo este principio se entiende que todo aquel que desee servirse de un medio gráfico durante el debate oral, ya sea un esquema, un plano, un croquis, una fotografía o un cuadro, no solo puede limitarse a mostrarlo a los concurrentes al acto, sino que debe describir su contenido y explicar qué se propone demostrar.

Sin embargo, respecto a esta exigencia generalizada de dar lectura a los documentos, hay algunos de ellos que, por sus particularidades, merecen ciertas precisiones especiales:

a.- Los documentos de contenido monótono o tedioso, o aquellos cuya lectura no es capaz de generar en el oyente una clara representación de los hechos que se pretenden acreditar, tales como escrituras de compra-venta, informes de inventarios y auditorias, etc., es preferible que no

sean leídos en los juicios que deban ser decididos por integrados por jueces profesionales. En estos casos, las partes, a instancia del tribunal o de alguna de ellas, para prescindir de la lectura, con la solicitud de que el tribunal los tenga en cuenta en la sentencia y se pronuncie sobre su valor probatorio. Las partes podrán, además, hacer las observaciones que estimen pertinente sobre el contenido de aquellos documentos. Cuando este tipo de documentos sean particularmente relevantes en los juicios por jurados (los que nunca van a leer farragosos infolios), es preferible promover como testigos o expertos a quienes hayan intervenido en la formación de tales documentos, a fin de obtener un testimonio vivo de sus intríngulis, aunque también se puede solicitar que se lean los extractos más significativos o sus conclusiones, si las tuvieren.

b.- Cuando el juicio deba ser decidido por escabinos o jurados, nunca debe prescindirse totalmente de la lectura de los documentos particularmente significativos o de sus extractos, y la parte a quien beneficie el contenido del documento debe oponerse a toda pretensión de obviar su lectura.

c.- Cuando se trate de documentos particularmente emotivos, como cartas dejadas por un homicida pasional explicando las razones de su crimen, misivas que se consideren injuriosas, y otras semejantes, no debe permitirse que sean leídas por la parte que los ha promovido o que trata de servirse de ellos, pues dicha parte, en su lectura, podría darle una inflexión particularmente tendenciosa al documento. Esa lectura, como todas en la audiencia, deben ser realizadas por el Secretario, a fin de garantizar la máxima imparcialidad y neutralidad en la misma.

D.- LA PRUEBA INDICIARIA

1.- *Definición de indicio y de prueba indiciaria*

A los efectos del proceso penal, se denomina indicio al hecho probado del cual puede obtenerse una conclusión o juicio, llamada en la doctrina inferencia, que basada en las reglas de la lógica y en las máximas de experiencia, indiquen una probabilidad fehaciente de que una persona ha participado en un delito. Devis Echandía aporta una definición muy clara acerca de los indicios, al expresar lo siguiente:

> Se entiende por indicio cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros, la existencia

> o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales.[119]

De tal manera, el indicio como medio de prueba, es una dualidad inseparable entre el hecho indicador y el juicio lógico o inferencia y por tanto uno no existe sin el otro. Estos dos elementos, unidos al hecho inferido o hecho desconocido que se quiere probar, forman los tres elementos constitutivos de la prueba indiciaria. La prueba indiciaria será, pues, aquella que se basa en la existencia de indicios, es decir de hechos indicadores plenamente probados. En este tipo de prueba, el medio probatorio es el que se use para acreditar el hecho indicador, en tanto que la verdadera fuente de prueba es la inferencia lógica.

Un apreciable sector de la doctrina procesal considera que no existe en modo alguno la prueba indiciaria,[120] sino solo hechos que deben ser probados, pero la realidad, que siempre es más porfiada que el más pertinaz y brillante de los doctrinarios, ha producido un método de pensamiento ineludible, que consiste en asociar unos hechos con otros, para extraer de esa asociación determinadas conclusiones y esto lo denominamos deducción. La prueba indiciaria, por tanto, no es otra cosa que una manifestación concreta del método deductivo de pensamiento aplicado a la investigación criminal. Qué otra cosa, sino un gran intérprete de los indicios fue ese extraordinario personaje de Connan Doyle llamado Sherlock Holmes, el rey de deducción.

La prueba indiciaria es tan real, que constituye la segunda en importancia en los procesos penales por su volumen y frecuencia de uso. Es una prueba de enorme importancia, pero también la más manipulada y peligrosa, porque a partir de evidencias circunstanciales, que no guardan una relación grave con el hecho justiciable, se suelen establecer nexos de causalidad entre éste y la conducta de las personas acusadas, a veces sin fundamento lógico alguno. Por ello, lo cierto es que quien tenga la prueba indiciaria en contra, no tiene otra opción que adoptar un modelo de defensa articulada, destinada a la comprobación de hechos exculpatorios.

Pero, es en el juicio oral donde la prueba indiciaria, que generalmente se usa para incriminar, cobra su mayor importancia y donde se vuelve especialmente peligrosa, pues en ese tipo de debate, la habilidad verbal y oratoria de los acusadores puede inducir a los juzgadores a la consideración de la validez de la inferencia derivada del indicio, incluso en condiciones donde

---

[119] .- Ver: Devis Echandía, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales. Ed. cit. Tomo II, p. 504.

[120].- Los más enconados negadores de la cualidad del indicio como medio de prueba son el profesor italiano Eugenio Florian, en el campo de los procesalistas penales y los maestros alemanes Leo Rosenberg y Hans Schönke, en el campo del derecho procesal civil. Ellos separan el hecho comprobado del hecho inferido, pues en opinión de estos autores, no existe ni puede existir ninguna regla objetiva de prueba que sirva para valorar dicha inferencia. Eugenio Florian en particular, en su obra Delle Prove Penali repudia la prueba indiciaria y la califica como un invento que justifica arbitrariedades.

ésta no tiene el menor asidero lógico, ya sea valiéndose de sofismas, falacias y ardides de programación neuro-lingüística, como del aprovechamiento de las matrices de opinión desfavorables al acusado.

Sin embargo, y al mismo tiempo, es en el juicio oral donde la defensa puede controlar con mayor rigor los indicios que se esgrimen contra su representado, puesto que, siendo un deber de las partes acusadoras el presentar como indicio un hecho comprobado y expresar de manera clara, coherente y lógica lo que puede inferirse de ese hecho, el defensor tiene la posibilidad de comprobar si, en primer lugar, el hecho base del indicio está efectivamente comprobado y si, en segundo lugar, la inferencia es explicada en forma clara y sin manipulaciones sentimentales o falaces. Esto es algo que depende más de las reglas de argumentación y la elocuencia que del conocimiento jurídico, por lo cual muchos han opinado que los debates orales no son verdaderos cauces de justicia, sino campos de batalla de oradores y sofistas donde vencerá el más hábil. Aunque esta es una crítica sesgada y unilateral, pero nadie puede negar que la habilidad verbal es un arma demoledora en los debates orales.

Por otra parte, la prueba indiciaria nunca se presenta directamente como tal en el proceso, pues no existe por sí sola como entidad sustancial, es decir, no tiene un portador material o personal que le sirva de vehículo, sino solo es una mera asociación intelectiva entre un hecho determinado, que debe ser probado y la consecuencia que quiere atribuírsele a ese hecho en relación con la participación o no participación del imputado en el hecho juzgado. Los indicios no se prueban, pues ellos mismos son el medio de prueba, sino simplemente se ponen de manifiesto, o sea una vez probado el hecho generador se expone la inferencia que de él se hace y las bases lógicas de la misma. Por tanto, lo que debe probarse es el hecho que da pie a la inferencia (hecho indicador), u otros que le estén concatenados y que vengan a probar la relación lógica entre los hechos probados y el delito que se juzga. La prueba de los hechos que constituyen la base de los indicios, debe hacerse por los medios tradicionales (testigos, documentos, fotografías, filmaciones, experticias, etc.) o por medios técnicos novedosos aportados por la técnica y la ciencia. Así, por ejemplo, el hecho de que el acusado fuera visto pocos minutos antes del homicidio con la víctima, es un hecho, que de ser probado indicaría (y de ahí lo de «indicio») que pudo haber sido el homicida, lo cual combinado con otras probanzas incriminatorias podría dar como resultado la condena del acusado.

Existe una vieja e inútil polémica acerca de si lo que en materia de procedimiento penal llamamos «indicio» es lo mismo que aquello que en derecho civil denominamos «presunción», sobre todo con relación a las llamadas presunciones «*homine u hominis*» o presunción humana, es decir, a las que no son establecidas por la ley. Aun cuando sabemos que el dilucidar este problema no conduce a resultado útil alguno, queremos expresar unas breves palabras al respecto.

En primer lugar, cuando nos referimos a «indicio» estamos enfocando el asunto a partir del hecho probado del cual se infiere otro hecho no conocido. Pero cuando hablamos de «presunción» estamos mirando el asunto en dirección contraria, es decir, estamos viendo en primer término el hecho inferido (presunto o presumido) derivado de aquel hecho probado que da vida a la presunción. Se trata, pues, de dos caras de un mismo asunto: la afirmación de un hecho desconocido a partir de otro conocido y probado, dada la relación lógica que existe entre uno y otro, que puede ser de medio a fin, de determinante a determinado, de todo a parte, etc. Los códigos civiles y de procedimiento civil suelen referirse a relaciones «graves, precisas y concordantes» entre un hecho y otro.

Por tanto, a pesar del mar de literatura en contra, que equivale más o menos a la mitad de la doctrina, no nos cabe duda alguna de que el indicio es absolutamente lo mismo que la presunción «*hominis*», esto es, pura inferencia lógica de un hecho desconocido a partir de otro hecho comprobado. En el caso de las presunciones «*legis*» o presunciones legales, éstas, como sabemos, son de dos tipos: las presunciones «*iuris et de iure*» e «*iuris tantum*». Las presunciones «*iuris et de iure*» o de pleno derecho no son en realidad presunciones de ninguna índole, sino reglas legales imperativas que no admiten disquisición alguna, y en el caso de las presunciones «iuris tantum» o salvo prueba en contrario, es el legislador quien establece la consecuencia entre el hecho indicador (hecho comprobado) y el hecho indicado, unas veces sintetizando en la norma jurídica las máximas de experiencia de la humanidad en su conjunto, como en el caso de la norma universal que determina que la paternidad del hijo de la mujer casada es atribuible a su esposo, pero otras veces, por meras razones de conveniencia política alejadas de toda lógica. Por tanto, la presunción «*iuris tantum*» es también una típica norma de derecho donde el hecho indicador constituye la hipótesis o supuesto de hecho y el hecho indicado es la consecuencia jurídica, con la única diferencia respecto a la presunción «iuris et de iure», de que la misma ley concede la posibilidad de probar que la inferencia del legislador no se cumple en ese caso concreto.

De más está decir que en materia estrictamente penal no existen presunciones legales incriminatorias ni *iuris et de iure* ni *iuris tantum*, pues en razón de los principios de legalidad, de tipicidad y del hecho, que gobiernan el derecho penal sustantivo y los principios del debido proceso y de presunción de inocencia que rigen el proceso penal, el legislador penal no puede establecer presunciones legales de responsabilidad penal, pues ello equivaldría a condenas a priori. Ya podéis imaginar la que se armaría si en el Código Penal apareciera una norma como la siguiente:

> "*Se presume culpable de robo o de hurto a toda persona en cuyo poder se encuentre un objeto de ajena pertenencia que haya sido sustraído a su legítimo poseedor o tenedor*;"

u otra como esta:

> "*Se presume homicida a todo aquel a quien se le consiga con objetos o pertenencias de quien fue ultimado.*"

En todo caso, los hechos a que se refieren los ejemplos precedentes, de ser debidamente probados, servirían, cuando más, para calzar algún indicio que, debidamente conjugado con otros medios de pruebas, podría conducir a la inferencia racional de responsabilidad del imputado, pero jamás podrían elevarse esos supuestos a la categoría de presunciones legales *iuris tantum*, pues ello equivaldría a traicionar la presunción de inocencia y a obligar al imputado a probar su inocencia; y menos aun podrían dichos supuestos constituir la base de presunciones *iure et de jure*, pues ello sería elevar la sospecha al rango de prueba absoluta e incontrovertible, aboliendo de un plumazo el derecho a la defensa y el debido proceso.

No dudo que haya personas que tengan esas presunciones en mente, pero felizmente no se trata más que de elucubraciones «*mala mentís*», pero lo cierto es que en materia estrictamente penal no existen presunciones de responsabilidad delictual, por las razones antes señaladas. En algunas legislaciones de comercio, sumamente exigentes y rigurosas, como las de Alemania, Austria y Suiza, existe la presunción de que los administradores de las sociedades mercantiles son personalmente responsables por su quiebra, a menos que demuestren que ésta se produjo a pesar de su debida diligencia. Sin embargo, solo se trata presunción *iuris tantum* de responsabilidad civil, pues aun cuando la quiebra se sospechare fraudulenta, los actos que así la calificarían, tales como ocultamiento de bienes, doble contabilidad, apropiación de fondos, connivencia con ciertos acreedores en perjuicio de otros, etc, tienen que ser probados por las autoridades de investigación penal y los acusadores en el proceso penal. De tal manera, la aludida presunción de responsabilidad de los administradores, no funciona en el campo penal.

Sin embargo, las presunciones de orden civil, ya sean humanas o legales, pueden ser usadas en el proceso penal para acreditar situaciones de ese orden que guardan relación con los hechos que son objeto del proceso penal. Así, por ejemplo, el fiscal puede acusar de parricidio a un sujeto que dio muerte a un señor que se reputaba como su padre, a pesar de no constar así en registro del estado civil. En este caso el fiscal puede apoyar su calificación de parricidio en el hecho probado de que quien resultó muerto daba un trato público de hijo a su matador, que lo alojaba en su casa, y que atendía a todas sus necesidades. Igual calificación de parricida podría dar el fiscal al marido que haya dado muerte a un niño alumbrado por su esposa y que el acusado no consideraba no hijo suyo, mediante la aplicación de la presunción legal que reputa como hijo del marido todo niño nacido de mujer casada.

2.- *La proposición y la valoración de la prueba indiciaria*

Una de las características esenciales de la prueba indiciaria es su carácter argumental y dependiente. Esto significa que el indicio, como construcción intelectual, solo puede existir en el alegato, pues solo en el seno del argumento puede enlazarse el hecho indicador y la inferencia lógica, habida cuenta de que esta última no tiene vida propia en la actividad probatoria. En ello estriba, como lo hemos analizado antes, el carácter extremadamente controversial que la prueba indiciaria tiene en la doctrina.

Esta característica de la prueba indiciaria es la que implica cierta dificultad a los efectos de la actividad probatoria. Así, en términos estrictos, no puede hablar de la promoción, proposición u ofrecimiento de la prueba indiciaria, ni de su evacuación, práctica o desahogo. Sin embargo, si resulta posible hablar de la valoración de la prueba indiciaria. En realidad, para hacer valer un indicio, es menester promover u ofrecer los medios destinados a probar el hecho indicador, con indicación expresa de lo que puede inferirse de éste. Posteriormente, en los alegatos orales durante las audiencias, debe explicarse la forma en que el hecho indicador ha quedado acreditado y los fundamentos lógicos para que se tengan para inferir de ese hecho aquel otro que incrimina o exculpa.

Esto ocurre en varios momentos procesales durante la primera instancia del proceso penal acusatorio, entre los cuales podemos señalar:

1.- En las audiencias para determinar la situación del imputado durante el proceso y la probable imposición de medidas de coerción personal, en las que los indicios son fundamentales para considerar a los imputados como partícipes de la comisión de un hecho punible.

2.- En las audiencias convocadas para discutir sobre las excepciones en la fase preparatoria, cuando la legislación lo autoriza.

3.- En la fase intermedia, a los fines de determinar si debe sobreseerse o abrirse el proceso a juicio oral.

4.- En el juicio oral.

En cuanto a la valoración de la prueba indiciaria, debemos decir que si hay algún medio de prueba que requiera de verdadera motivación racional y lógica es éste, pues los tribunales vienen obligados a pronunciarse de manera clara y precisa sobre la relación existente entre el hecho indicador y el hecho desconocido que se quiere dar por probado.

En primer lugar, los tribunales deben pronunciarse sobre si consideran probado o no el hecho indicador, y solo una vez declarado probado éste, deben entrar a considerar la logicidad, gravedad y concordancia de la inferencia que lo conecta con el hecho que se trata de demostrar. Veamos el siguiente ejemplo:

El ciudadano Juan Murga es acusado de matar al Dr. Máximino Najul, y como primer hecho indicador de ello, la fiscalía alega que una hora antes de la muerte del Dr. Najul ambos tuvieron una fuerte discusión en el bar del Hotel Pigalle, en la Calle del Pecado, durante la cual el señor Murga amenazó de muerte al profesional del derecho y para probarlo presenta veinte testigos. La fiscalía también presenta como segundo hecho indicador, el que un carro cuya descripción y placas coinciden con las del vehículo del señor Murga, casi atropella a un transeúnte cuando se alejaba precipitadamente del sitio donde apareció muerto el Dr. Najul, más o menos a la hora de la data de la muerte de éste y para probae esto presenta la declaración de aquel transeúnte y de un vecino, quienes describieron con toda claridad el vehículo, pero no pudieron ver a su ocupante.

El tribunal, al valorar estos hechos deberá analizar concienzudamente la declaración de los testigos del primer hecho indicador, considerando lo dicho por éstos sobre el grado de enojo que había entre quienes discutían, analizaando el grado de contesticidad de los deponentes sobre este punto, así como sobre el motivo o causa de la discusión, la hora en que ambos hombres abandonaron el bar y si lo hicieron juntos o por separado y si, de haber salido el Dr. Najul primero, cuánto tiempo después permaneció allí Murga, o viceversa. También será necesario precisar si quedó demostrado o no que el señor Murga sea un hombre conocido como violento o agresivo y si tiene antecedentes al respecto (indicios concomitantes). Solo mediante esas determinaciones podremos establecer la veracidad del incidente entre ambos hombres, así como la posibilidad real de que el señor Murga tuviera intenciones homicidas (*animus necandi*). En cuanto al segundo hecho indicador, es necesario precisar la contesticidad de los testimonios que lo calzan, a fin de afirmar la existencia real de ese hecho, es decir, establecer la presencia del carro del señor Murga en la escena del crimen, así como el carácter presuroso de su partida de allí. Solo después de establecer todas estas circunstancias, podría el tribunal dar por probado que el señor Murga ultimó al Dr. Najul, a partir de esos indicios.

En el ejemplo anterior se puede apreciar cuán difícil puede ser la situación de aquel contra quien obran indicios de esta naturaleza y cuán fácil puede ser, en muchas ocasiones, el forjarlos a través de testigos falaces. Por esta razón, la refutación de este tipo de prueba, cuando se la usa para incriminar, requiere un denodado trabajo de preparación de la contraprueba por parte de la defensa, desde los mismos albores de la fase preparatoria, aun cuando el imputado no tenga la carga de probar su inocencia.

3 .- *Pluralidad de indicios ¿tarifa legal o requisito sine qua non de la prueba indiciaria?*

Cuando se habla de indicios, generalmente se suele aludir al término en plural, es decir, se habla realmente de *pluralidad de indicios*. Esto, aunado al hecho de que las legislaciones

inquisitivas del pasado se referían siempre a esa pluralidad, ha creado la matriz de opinión de que los indicios, para ser apreciados como prueba en el proceso penal, debían ser necesariamente plurales, bien porque ello constituya una tarifa legal, o bien porque tal pluralidad sea un requisito intrínseco o sine qua non de este medio de prueba.

Sin embargo, la libertad de prueba que prevalece en el sistema acusatorio de juzgamiento penal nos obliga a analizar este asunto de la pluralidad de indicios de una manera distinta a la tradicional. En un sistema de prueba libre no puede prevalecer la exigencia de la pluralidad de indicios en forma de tarifa legal.

Por supuesto, el asunto no se trata de si puede condenarse definitivamente a una persona con un solo indicio y sin ninguna otra forma de prueba, pues ello es rechazado por el sentido común, en tanto que para una condena penal es necesario acreditar al menos dos circunstancias esenciales: el móvil y la oportunidad; y un indicio único solo alcanzaría para acreditar una sola de estas circunstancias. Obviamente, el asunto va mucho más allá de eso. El problema consiste en determinar respecto qué tipo providencias pueden apoyarse en la singularidad o pluralidad de indicios, teniendo en cuenta, además, la concurrencia o no de otros medios de prueba.

Si bien hemos dicho que cualquier tribunal que se respete sería incapaz de condenar a persona alguna con la sola y única concurrencia de un indicio, no es menos cierto que, en las condiciones de la libertad de prueba, la manifestación intensa de uno de ellos puede dar lugar a una medida de coerción personal, así como también es posible que cuatro o cinco indicios, por su falta de fundamentos, no resulten suficientes para condenar a una persona, e incluso, ni siquiera para asegurarlo como imputado. Por otra parte, un solo indicio bien fundamentado, evaluado en conjunto con otros medios probatorios, puede hacer convicción de los hechos imputados.

Por tanto, de todo esto puede concluirse que la pluralidad de indicios no es una condición o exigencia inexcusable en el proceso penal basado en la libertad de prueba.

E.- INSPECCIÓN JUDICIAL

La inspección judicial, también llamada reconocimiento judicial, es la prueba directa por excelencia y consiste en el examen personal que realizan los jueces a personas, cosas o lugares, a fin de comprobar, por sus propios sentidos el estado y las características de éstos. La inspección judicial puede realizarse fuera de la sede de los tribunales, lo cual es lo más frecuente, pero igualmente puede realizarse en la sede judicial. La exhibición de objetos o de ciertas características de las personas vivas durante el juicio oral, es una forma de inspección judicial, pues lo que se pretende con ello es que los jueces tomen conocimiento directo de lo que se les muestra.

La inspección judicial bebe ser siempre complementada con un acta en la cual se recojan los resultados de las apreciaciones de los jueces, así como los señalamientos de las partes que concurran al desarrollo del acto. También es recomendable que las inspecciones judiciales sean documentadas mediante fotografías y filmaciones a fin de darles mayor objetividad e imparcialidad. Cuando las inspecciones judiciales se realicen durante las sesiones del juicio oral, sus resultados deberán constar en el medio de registro del debate o en el acta correspondiente.

En el proceso penal acusatorio, la inspección judicial debe proponerse básicamente para ser realizada durante el juicio oral, pues siendo la prueba directa por excelencia, su realización debe confiarse al tribunal que debe resolver la causa con absoluta inmediación, pues de lo contrario la inspección judicial no será realmente tal. Hay que tener en cuenta que si se solicita una inspección judicial al juez que tiene su cargo el control o la vigilancia de la instrucción, pero dicho juez no es el destinatario de esa prueba, es decir no es quien debe tomarla en consideración para dictar una resolución, entonces no se tratará de una verdadera inspección judicial, sino de una prueba documental que se le levanta para ser valorada por el juez de juicio. Por tanto las inspecciones judiciales realizadas durante la fase preparatoria solo serán tales si se las solicita para resolver cuestiones propias de esa fase.

Sin embargo, la situación anterior es absolutamente excepcional pues, como regla, la inspección de personas, lugares o cosas durante la instrucción de la causa se realiza por los órganos de investigación y pasa luego al juicio oral a través de las actas procesales correspondientes, de las fotos o las filmaciones que se hayan realizado y de los testigos instrumentales que la hayan presenciado[121].

En cuanto a la oportunidad para proponer u ofrecer la prueba de inspección judicial para ser realizada en juicio oral, debemos decir que ello puede hacerse de dos maneras distintas. La primera de ella es en los escritos polémicos de las partes (acusaciones y contestación) durante la

[121] .- La inspección judicial, como otros varios medios de prueba, no tiene regulación específica en el Código Orgánico Procesal Penal en razón del principio de libertad de prueba, y por ello sólo se hace referencia a ella en las regulaciones correspondientes a la práctica de la prueba en juicio oral (art.358). La inspección judicial puede ser propuesta, sobre todo por la defensa, tanto para realizarse en la fase preparatoria, como para tener lugar en el juicio oral, pero recordando siempre que esta forma de prueba directa sólo es tal si se solicita al juez que debe decidir la causa o una de sus fases o incidencias, ya que de lo contrario, la inspección judicial que haga un juez de control o un juez no perteneciente siquiera a la jurisdicción penal, no tendrá otro valor que el del documento que la contenga o, en otras palabras, pasará a ser mera prueba documental. Por tanto, la inspección judicial que se solicite por ante el juez de control debe estar encaminada a que este juez tome convicción de algún elemento que le sirva a él mismo para decidir sobre el fondo del asunto (sobreseer o abrir el proceso a juicio oral). En otro caso no tiene sentido la inspección judicial en la fase preparatoria. Cuando la inspección judicial se proponga para ser practicada en el juicio oral, el tribunal del juicio, con todos sus componentes, para el caso de que sea tribunal mixto o de jurado, se trasladarán a la fecha y hora acordada al sitio donde haya de practicarse la inspección judicial, junto con las partes, y se dejará constancia de lo visto en el acta del juicio oral (art. 358). El examen de los objetos que constituyen evidencia se realiza por el tribunal en la audiencia del debate oral y público, conforme al artículo 358 del Código Orgánico Procesal Penal, y las observaciones que al respecto hagan las partes deberán constar igualmente en el acta.

fase intermedia del proceso; y la segunda, en pleno desarrollo del juicio oral, cuando fuere necesario, por la vía de las pruebas nuevas o sobrevenidas que el desarrollo del juicio hacen a veces aconsejables.

F.- EL RECONOCIMIENTO DE PERSONAS Y DE COSAS

En su sentido más general, el reconocimiento de personas o cosas consiste en la identificación de éstas por testigos presenciales, especialmente convocados al efecto, cuando se sospeche que tales personas o cosas están relacionados de alguna manera con la comisión de un delito. Se trata, por tanto, de una actividad destinada fundamentalmente a la fijación de circunstancias incriminatorias, y que tiene efectos exculpatorios solo cuando sus resultados sean negativos.

A los efectos probatorios, el reconocimiento de personas u objetos (cosas) comporta una serie especificidades dentro del proceso penal, las cuales no siempre han sido debidamente explicadas por los doctrinarios, y a las cuáles será necesario prestar aquí suma atención.

En primer lugar, hay que destacar que los reconocimientos constituyen una modalidad de la prueba testimonial[122], donde la fuente de la prueba no consiste en un relato de hechos pasados en general, sino en la descripción y comparación de los rasgos característicos de una o varias personas o cosas, al punto tal que el testigo pueda reconocerles dentro de un grupo de otras personas o cosas con características similares. Esta sola precisión indica claramente que todo reconocimiento comporta siempre una descripción previa, por parte del testigo, de las personas u objetos que posteriormente se someterán a su reconocimiento. Si la descripción del testigo resulta absolutamente alejada de las características de la persona o cosa en poder de las autoridades y que se pretendía someter a reconocimiento, entonces este último carecería de sentido.

En segundo lugar, los reconocimientos son actos irrepetibles, por lo cual, de tener lugar durante la fase preparatoria o investigación preliminar, ya no tendría ningún sentido reproducirlos en el juicio oral, por cuanto se habría roto el velo de ingenuidad del testigo reconocedor, en tanto ya tendría un conocimiento previo de la persona o cosa, que no provendría del hecho delictivo que se investiga. De lo dicho se deduce, que los reconocimientos solo podrán hacerse en juicio cuando el testigo reconocedor no haya sido objeto de examen con anterioridad (prueba nueva).

El velo de ingenuidad del testigo reconocedor es tan importante, que su vulneración o ruptura por parte de las autoridades, constituye una infracción de la cadena de custodia de la evidencia. Este velo resulta quebrantado, cuando antes del acto de reconocimiento se suministra

[122].- Ver: Florian, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pág. 380.

al testigo cualquier tipo de información acerca de la persona o cosa que debe ser reconocido, o cuando exista la posibilidad de que esa persona haya obtenido esa información por cualquier medio masivo de comunicación. En estos casos el reconocimiento quedará totalmente en entredicho.

Por todas estas razones, el funcionario que dirija o presida el acto de reconocimiento, si ha de actuar con absoluta imparcialidad, deberá cerciorarse de que el testigo no posea otra información que no sea la proveniente de su intervención presencial en los hechos investigados.

En tercer lugar, el carácter irrepetible de los reconocimientos comporta el problema de cómo llevar sus resultados al juicio oral, cuando esta diligencia de investigación se haya realizado durante la fase preparatoria. En realidad, el que ya reconoció no puede volver a reconocer, pero no es menos cierto que la realización del reconocimiento en la fase preparatoria o sumario produce un efecto de desdoblamiento de esta prueba. Por un lado, el testigo reconocedor, en tanto testigo presencial de los hechos de donde dimana su capacidad para reconocer, debe ser llevado al juicio oral, bien por las partes acusadoras o por la defensa, a fin de explorar allí sus fortalezas y debilidades por vía de la inmediación. Por otro lado, el reconocimiento efectuado en la fase preparatoria queda asentado en un acta, generalmente formada en presencia de un juez, la cual constituye un documento intraprocesal con efectos probatorios, que podrá ser promovido u ofrecido como prueba documental para ser leída y debatida en juicio oral, donde quedará sometida a la sana crítica de las partes y del tribunal.

El reconocimiento de personas en rueda de individuos, como se conoce a este importante acto de investigación en la doctrina procesal penal, es una diligencia de las llamadas de "descarte y orientación", pues la posición en el proceso de la persona sometida a ella, dependerá de que sea reconocido o no por la víctima o por los testigos presenciales del hecho investigado o de sus antecedentes o secuelas, pues el reconocimiento de las personas involucradas en un delito, no se limita solo al hecho delictivo central o principal, sino a lo que se denomina las secuelas, es decir a otros hechos anteriores, simultáneos o posteriores que guarden relación con aquel, tales como el acto de alquilar el vehículo usado en el atentado, el despojo de su carro a un taxista para escapar de la escena del crimen y el llegar a un motel de mala muerte con la ropa manchada de sangre. Las personas pueden ser reconocidas en todas esas actividades y de tal maneras ser conectadas con el hecho delictivo.

Si la persona que es objeto del reconocimiento no es señalado de manera categórica por los reconocedores, podrá ser descartado como sospechoso, pero en caso contrario podría mantenérsele en esa condición no procesal[123] o ser tenido formalmente como imputado.

---

[123].- La condición de sospechoso, si bien es ineludible a los efectos prácticos de la investigación policial, no es una verdadera condición procesal en el sistema acusatorio en ninguna otra parte. Incluso en los Estados Unidos, donde hay toda una doctrina legal sobre el status del sospechoso (the suspect), esta figura no constituye una

Como ya se ha explicado, la condición de idoneidad de esta prueba, consiste en que el reconocedor aporte inicialmente los datos que recuerde de la persona que se supone va a reconocer y que luego esta persona sea colocada entre personas de características físicas similares a ella. La falta de estos requisitos hace absolutamente ineficaz esa prueba y podría acarrear la nulidad del acto si la violación de esos requisitos fuere *ex profeso*.

Pero estos requisitos deben ir aunados a otras formas de actuación o modos de acometer o realizar el reconocimiento, encaminados a comprobar la eficacia sensorial de reconocedor y la solidez de su memoria visual o auditiva, así como su condiciones de fisonomista y en ultimo grado, la veracidad de su dicho. Entre estos métodos está el llamado "*control cero*" o presentación de la rueda de individuos al reconocedor sin la presencia del imputado, así como la variación del orden de los individuos y de su indumentaria. Esto supone la celebración de tres o cuatro rondas de reconocimiento, por lo menos, para una misma diligencia, y esto deben tenerlo muy claro los jueces fiscales que dirigen o supervisan los reconocimientos, así como los abogados defensores, quienes tienen derecho a exigir esta condiciones, a los fines de garantizar la fiabilidad de los resultados de la diligencia.

Igualmente el juez y los defensores deben cerciorarse si a los reconocedores se le han suministrado o mostrado fotografías del imputado o si se le ha sugerido que es esa la persona que deben identificar o si han sido inducidos o presionados para que lo reconozcan. Si esto ha sido así el reconocimiento en rueda de individuos podría estar viciado de nulidad.

El reconocimiento de cosas consiste en la identificación por testigos, de aquellas cosas que se supone han constituido el objeto material o los instrumentos de un delito. Puede tratarse de joyas, prendas de vestir, efectos electrodomésticos, valores o efectos mercantiles, vehículos, armas, etc.

El reconocimiento de objetos puede hacerse tanto en la fase preparatoria, a los efectos de fijar evidencia incriminatoria o de descartar su existencia. En esta fase, deben observarse similares prevenciones a las que se toman respecto al reconocimiento de personas, sobre todo en lo que se refiere al relato previo de las características de la cosa objeto de reconocimiento, pues no siempre es posible ni necesaria la comparación de tal cosa con otras similares.

En el juicio oral es común someter determinados objetos, como armas, por ejemplo, al reconocimiento de testigos y expertos.

---

posición procesal, y por tanto al sospechoso no se le puede acordar medidas preventivas, ni incoar proceso hasta tanto la fiscalía no presente cargos fundados contra él (probable cause) y un juez o gran jurado los acepte y decrete la incoación del proceso (indictment), convirtiéndose entonces en acusado (deffendant).

G.- LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS Y EXPERIMENTOS DE INSTRUCCIÓN

La reconstrucción de los hechos puede ser definida como la reproducción de los actos que se suponen ejecutados por los perpetradores del hecho delictivo investigado, de conformidad con las hipótesis que se hayan formulado los investigadores y las partes, con la mayor fidelidad posible, a fin de comprobar las circunstancias concretas de ocurrencia de esos hechos, cuando hay dudas al respecto. Los funcionarios a cargo de la investigación pueden disponer la reconstrucción, tanto oficio como a solicitud del imputado o de la víctima.

La reconstrucción de los hechos es particularmente importante cuando existan puntos oscuros en la investigación, tales como la extracción de objetos de una habitación encontrada herméticamente cerrada, la posible fuga de un sujeto corpulento por un agujero reducido o la sustracción de objetos sumamente pesados cuando no aparezcan rastros de que se haya utilizado montacargas o grúas, etc.

La reconstrucción de los hechos es una típica diligencia de investigación o acción de instrucción, que tiene como finalidad comprobar y precisar el hecho que se investiga o aspectos importantes del mismo, por lo cual solo puede tener lugar durante la fase preparatoria. Esto es obvio, porque en un verdadero Estado de Derecho, una acusación que sea formulada sin que las partes acusadoras hayan resuelto previamente alguno de los puntos oscuros señalados, no tendría la más mínima probabilidad de sobrevivir a una audiencia preliminar.

La reconstrucción de los hechos puede ser llevada a cabo por personas ajenas a los hechos jugando en el rol de perpetradores o con la propia intervención de los imputados *as themselves*. En este punto es necesario aclarar que solo es conveniente la participación de los imputados en la reconstrucción de los hechos, cuando hayan admitido su participación en éstos y muestren interés en colaborar con la investigación, pues en caso contrario su presencia se convertiría en un estorbo y su actuación podría arrojar más confusión que claridad.

Los imputados que accedan a colaborar con la investigación podrán participar en esta diligencia, al igual que la víctima o los testigos presenciales, si fuere el caso. Asimismo, podrá disponerse la presencia de expertos en el acto, si ello fuere necesario para precisar aspectos técnicos o científicos de la reconstrucción.

A la diligencia de reconstrucción deben asistir por lo menos dos testigos instrumentales imparciales, quienes podrán adverar o descalificar posteriormente el desarrollo de esta diligencia en juicio oral. Asimismo, para la mayor fiabilidad de la reconstrucción, a los efectos probatorios, se debe fotografiar o filmar sus resultados, así como realizar croquis o planos, similares a los que, de ordinario, se levantan en Venezuela en los casos de tránsito.

Durante la reconstrucción de los hechos, las autoridades a cargo deben velar porque no se realicen actos que puedan menoscabar la dignidad o el honor de las personas que en él

participen o que puedan redundar en perjuicio de su salud e integridad personal. Por ello hay que vigilar la realización de esta diligencia, a fin de evitar que la búsqueda de la fidelidad en la reproducción de los hechos no redunde en perjuicios parecidos a aquellos producidos por los hechos reales.

Los experimentos de instrucción, por su parte, son acciones encaminadas a comprobar determinadas hipótesis particulares respecto a la ocurrencia de los hechos o la cualidad de algunos testimonios. Así, por ejemplo, si se quiere saber si es posible que un individuo conduzca un automóvil de un extremo a otro de una ciudad en un tiempo muy reducido, a fin de cometer un delito, se puede intentar hacer lo mismo, debidamente documentado, para la respectiva comprobación. Igualmente se puede tratar de comprobar si en ciertas circunstancias o a una cierta distancia un testigo pudo haber escuchado o visto lo que ha afirmado que ha oído o visto.

Durante la fases preparatoria e intermedia los resultados de las reconstrucciones de los hechos y de los experimentos de instrucción, se valorarán, fundamentalmente en la fuente documental, es decir, a través de las actas procesales respectivas, así como a través de las fotografías, grabaciones filmaciones o planos que se hayan realizado en su momento. A los efectos del juicio oral, estas actas, filmaciones, grabaciones o planos serán promovidos como prueba documental, para ser leídas, reproducidas o exhibidas y explicadas durante el debate, pudiendo las partes, además, promover como evidencia testifical, el testimonio separado de los testigos instrumentales que hayan presenciado las reconstrucciones o experimentos, si fuere menester.

H.- LAS FOTOGRAFÍAS, LAS GRABACIONES DE SONIDO Y LAS FILMACIONES

Las fotografías, grabaciones de audio y las filmaciones, tienen en el proceso penal una doble connotación, pues, por una parte, pueden actuar como pruebas documentales autónomas, mientras que, por otra parte, pueden actuar como pruebas de apoyo y fijación de determinadas diligencias de investigación o acciones de instrucción, tales como la inspección del lugar del suceso, allanamientos, reconstrucciones de los hechos y experimentos de instrucción.

El carácter técnico de estos medios y la posibilidad tangible de su manipulación con relativa sencillez, hizo que éstos estuvieran largo tiempo excluidos de los sistemas de prueba tarifada. Pero es incuestionable que ya no podían seguir pasando inadvertidos, o peor, ignorados, por los sistemas basados en la libertad de prueba. De ahí que se usen con harta frecuencia en el moderno proceso penal.

En cuanto a la fotografía, cuando es usada como prueba documental autónoma, es necesario diferenciar entre aquellas obtenidas en sitios públicos, eventos sociales de fácil acceso o en estudios fotográficos comerciales; y aquellas otras, cuya obtención es el producto de la

irrupción en los ámbitos privados de las personas. En cuanto a las primeras se las tendrá como documentos históricos y descriptivos, que harán prueba de lo que contengan,[124] a menos que se pruebe que son producto de alguna suerte de trucaje o montaje. Este tipo de fotografías estará sujeto siempre a la crítica racional de su contenido.

En el caso del otro tipo de fotografía, su incorporación legal al proceso y consiguiente valoración estará siempre supeditada a la existencia de autorización judicial previa para su obtención, pues es evidente que para tomar ese tipo de fotos fue menester instalar cámaras ocultas o usar agentes encubiertos como fotógrafos, lo cual supone una invasión de la privacidad de las personas y, por tanto, una violación de los derechos constitucionales de aquellos contra los que se dirige la investigación. Por tanto, ese tipo de foto no solo está expuesta a la crítica tradicional o tacha de falsedad o forjamiento, sino a la crítica de la legalidad de su obtención.

En cuanto a la fotografía como documento de apoyo de las diligencias de investigación, estará sujeta también a la crítica ordinaria, pero allí será mucho más fácil la tarea, toda vez que, por lo general, existirá abundante material para contrastar el contenido de las fotos con las otras formas de documentación de esos actos (testigos instrumentales, actas, filmaciones, etc.).

Las grabaciones y filmaciones tienen las mismas características, pueden clasificarse de igual modo y están expuestas a los mismos tipos de críticas que las fotografías, pues puede tratarse de documentos utilizados como pruebas autónomas en el proceso o como portadores de información sobre las diligencias de investigación realizadas en la fase preparatoria. Al mismo tiempo, cuando se trate de pruebas autónomas, éstas pueden ser obtenidas de una fuente abierta, como un evento social, un noticiero de radio, cine o televisión[125], o de un evento social (una boda, un bautizo, etc.) o de un acto cívico. En estos casos no hay mayores problemas con la obtención de la evidencia, pero cuando se trata de grabaciones de conversaciones privadas persona a persona (ambientales) o de conversaciones telefónicas, así como de filmaciones en sitios privados, será menester la orden judicial respectiva.

La fuerza probatoria de las grabaciones de voz puede reforzarse mediante el uso del espectrógrafo, es decir, un aparato que puede determinar, por la frecuencia y la longitud de onda en la emisión de la voz, si la voz grabada corresponde al de otra persona cuya voz se someta a

---

[124] .- Las fotografías pueden contener información explícita de que una persona conoce o conocía a otra, si aparecen retratadas juntas y en posiciones que se aprecien amigables o cercanas. Las fotos pueden probar que alguien estuvo en determinado sitio o que tuvo contacto con un determinado objeto.

[125].- La doctrina del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en sus Salas Constitucional y de Casación Penal, ha establecido el valor probatorio de los que han denominado “el hecho notorio comunicacional”, es decir aquel que recibe amplia cobertura gráfica o de imágenes a través de los noticieros de la televisión, el cine o la prensa plana. Esta doctrina esta contenida en la Sentencia 1013 de 2000 de la Sala Constitucional del TSJ y la Sentencia de la Sala de Casación Penal, dictada por vía de "avocamiento" en el caso conocido como “Los pistoleros de Puente Llaguno”.

análisis por este instrumento. Es necesario señalar que, hasta hoy, los espectrógrafos de voces no son cien por cien confiables, cuando la voz grabada posee distorsiones, ya sea realizadas de propósito mediante distorsionadores electrónicos o sean producto de la mala calidad de las grabaciones.

Es necesario destacar que, cuando las voces o sonidos deban ser reconocidos por personas, estaremos ante el reconocimiento como modalidad de la prueba testifical, pero cuando se trate de reconocimientos por medios electrónicos, el asunto se desplaza al terreno de la experticia o peritaje.

I.- LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO. EXCLUSIÓN DE LA CONFESIÓN COMO PRUEBA CONCLUYENTE EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

¿Puede ser la declaración del imputado, fuente de prueba en el proceso penal acusatorio? La respuesta es sí. Pero, ¿acaso ello significa ello que el proceso penal pueda terminar con una condena sobre la base la sola confesión del imputado o acusado ? La respuesta seía si, para el caso de que estuviéramos en presencia de un proceso seguido en tierras anglosajonas, la respuesta sería un no absoluto si el proceso se desarrolla ante un procedimiento seguido bajo las pautas del acusatorio eurocontinental.

En el proceso penal acusatorio el imputado tiene derecho a una declaración exclusivamente indagatoria, o sea a una declaración que se produce como medio de defensa una vez que se le ha advertido de su derecho a no declarar en causa propia y se le ha comunicado detalladamente cuáles son los hechos que se le imputa y cuáles son los elementos de convicción en que se fundan (instructiva de cargos). En esta declaración el imputado deberá estar acompañado, so pena de nulidad del acto y de sus resultas, por un abogado defensor, el cual es potestativo en el mundo anglosajón.

Por tanto, los sistemas acusatorios eurocontinentales rechazan la posibilidad de declaraciones informativas o policiales, es decir, en esos sistemas la declaración del imputado no puede ser tomada como un medio de averiguación, porque se supone que cuando se decide realizar el acto imputatorio que supone la instructiva de cargos ya la autoridad debe saber más del imputado que su propia madre.

Sin embargo, y a pesar de todas estas garantías, la declaración del imputado puede ser fuente de prueba de manera indirecta, pues si el imputado reconoce su responsabilidad, puede dar explicaciones acerca de cómo se cometieron los hechos, o de cuántas personas participaron, etc., datos estos que de ser comprobados por otros medios, servirían para probar su propia responsabilidad, más allá de sus propias manifestaciones.

Cuando el imputado se presta a una reconstrucción de los hechos y procede tal cual lo hizo el día que cometió el delito, irá dejando rastros y huellas que pueden ser fotografiados y filmados para ser comparados con los que se hayan constatado en el hecho original. La coincidencia de estos rastros puede ser un indicio contra el imputado. Veamos el siguiente ejemplo.

Hace muchos años, un excelente investigador policial cubano, condujo una investigación sobre el asesinato de una anciana por un misterioso asaltante, que tenía asolada la barriada del Vedado, en La Habana, y que resultó ser un sujeto llamado Bartolomé Pablo Ramírez Rives, alias «Bartolo». Ésta fue la última fechoría de Bartolo, a quien le ocuparon parte de lo robado a la anciana y agentes secretos le grabaron cuando se vanagloriaba del hecho. Al verse totalmente descubierto, decidió cooperar en la reconstrucción de los hechos; y ¡oh sorpresa!, la coincidencia de todo lo realizado por Bartolo en la reconstrucción resultó tan parecido a lo que se constató en el lugar del delito real, que hasta la forma del lazo con que amarró a la mujer policía que se prestó para la peligrosa reconstrucción, era exactamente igual a los que tenía la anciana cuando fue encontrada muerta. La comparación de esos detalles en las fotografías tomadas durante la inspección del lugar de los hechos con las tomadas en la reconstrucción fueron demasiado para «Bartolo», quien fue condenado a muerte y ejecutado algún tiempo después.

En otro orden de ideas, la declaración del imputado puede ser fuente de prueba indiciaria cuando, ante imputaciones concretas y fundadas, ha inventado coartadas o versiones, que luego resulten refutadas durante la investigación, pues ello prueba que ha mentido y que algo oculta, al no poder explicar los cargos concretos que se le imputan. Sin embargo, no siempre es posible rebatir una coartada o versión de los hechos aportada por el imputado en su declaración, pues ya sabemos los problemas que supone la prueba de los hechos negativos o inexistentes.

Sin embargo, conviene aquí hacer una pausa y reflexionar acerca de la teoría de Andrei Vishinski sobre de la carga de la prueba en el proceso penal. Decía el ilustre profesor ruso, que si el fiscal acusa al ciudadano A de haber robado el tocadiscos de B, el Ministerio Público tiene indudablemente la carga de la prueba respecto a esa imputación. El fiscal logra demostrar que A efectivamente sustrajo el tocadiscos de B y lo llevó a casa de su madre (de A), donde fue ocupado, pero A, alega en su defensa que no se trató de un robo, sino una simple broma para con B. En este último caso, según Vishinski, el *onus probandi* se desplaza del fiscal al imputado A, quien vendrá obligado a probar que fue una broma y que no tenía *animus apropriandi*.[126] Es ahí donde se equivocó cruelmente el señor Fiscal General de Stalin, y se llevó con consigo a seis millones de almas[127], de paso.

---

[126] .- Vishinski, A.Y. Teoría de la Prueba. Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1959, pp. 224-225.

[127] .- Se refiere a las gigantescas purgas y represiones ocurridas en la desaparecida Unión Soviética durante la dictadura de José Stalin, entre 1927-1953. Vishinski fue Fiscal General de la URSS en ese período.

Vishinski se equivocó al pensar de esa manera, pues una de las cosas que el fiscal debió probar en ese proceso, precisamente es el ánimo de A de apropiarse del tocadiscos de A, y con ello destruirá su versión de que todo fue una broma. Y tal demostración no es difícil, a partir del contexto de los propios hechos y de los mismos actos cumplidos. Nadie debe olvidar aquí que una de las cosas que deben probar los acusadores en el proceso penal acusatorio es, precisamente, el dolo[128].

Por lo que respecta al tratamiento que se da a la confesión en el proceso penal acusatorio, es obligado decir que nunca ésta puede tener por sí sola un efecto dirimente en el proceso, es decir no es posible condenar a una persona por su sola confesión, sin la correspondiente comprobación del cuerpo del delito y sin establecer la correspondencia entre lo confesado y las condiciones reales de ocurrencia del delito. Al respecto nos dice el profesor catalán Ramón Ragués i Vallés:

> Una parte de la doctrina y, en ocasiones, la propia jurisprudencia reconocen que el contenido de la confesión autoinculpatoria no tiene necesariamente que coincidir, siempre y en todo caso, con la realidad de los hechos acaecidos. Por este motivo se acepta que a través de otros medios de prueba pueda llegar a desvirtuarse el valor probatorio de ciertas confesiones. Estas ideas suponen una quiebra evidente de la regla según la cual la confesión es medio directo de prueba de los hechos psíquicos: en algunos casos, pese a existir una confesión autoinculpatoria, el contenido de tal confesión no deberá ser atribuido al autor.
>
> De acuerdo con lo anterior, a la confesión del sujeto activo solo se le debe atribuir un valor indiciario que compartirá con otros medios de prueba[129].

Esto quiere decir que nunca la confesión por sí sola, por más que sea espontánea, puede librar al Estado de comprobar el cuerpo del delito, o sea su existencia misma, y de aportar una mínima prueba de la responsabilidad del imputado.

Si aceptáramos, como pretenden quienes desean retornar al sistema inquisitivo, que la confesión pueda tener efectos resolutorios del proceso desde el momento mismo de la declaración indagatoria del imputado, entonces terminaremos por justificar la tortura, el engaño y el ultraje a la dignidad humana, como vías para obtenerla y ahorrarse la investigación, con lo cual no

---

[128] .- Sobre este punto recomiendo ampliamente la obra del profesor español Ramón Ragués i Vallés, denominada "El dolo y su prueba en el proceso penal", publicada en Barcelona, por J.M. Bosch en 1999.

[129].- Ver: Ragués i Vallés, Ramón. "El dolo y su prueba en el proceso penal", Barcelona, J.M. Bosch, 1999.

haríamos más que crear más injusticia y retroceder a etapas ya superadas por la civilización humana.

Recordad siempre que la policía es un mal social necesario. Necesario, en tanto la conservación del orden social reclama la existencia un grupo de personas, mantenido con fondos públicos y liberado de las obligaciones productivas y culturales, que se dedique de manera permanente al combate del delito. Y mal social, porque para el desarrollo de sus tarea, la sociedad dota a la policía de medios materiales y de prerrogativas para la irrupción en la vida privada de las personas, que terminan *siempre* siendo utilizadas para fines inmorales por algunos de sus miembros. Esta debiera ser la primera regla que toda persona culta tendría que aprender en las clases de moral y cívica, desde la escuela primaria, pues la policía puede llegar a convertirse en el enemigo principal de los ciudadanos en los Estados modernos.

CAPÍTULO X
LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

1.- LA DEFENSA PENAL COMO MANIFESTACIÓN INSTINTIVA Y DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL DE RANGO CONSTITUCIONAL

La defensa penal puede ser definida como el conjunto de alegatos y probanzas con los que una persona determinada, o sus representantes o voceros, intentan refutar los señalamientos que involucran a dicha persona en hechos punibles.

La función de la defensa en el proceso penal acusatorio consiste en servir de contrapeso de la imputación, y su misión última es tratar de desvirtuar la base de esta y destruirla.

La defensa del imputado no es una gracia que la sociedad buenamente le concede, sino el resultado de un estadio del desarrollo humano en que se debe entender que cualquiera puede ser acusado, incluso por error o mala fe. Por tal motivo la condición de acusado debe ser asumida en la sociedad democrática como forma circunstancial y potencial del ser social, que necesita el libre ejercicio del derecho a la defensa y la presunción de inocencia para atemperar los ímpetus de la fuerza formidable de la vindicta pública. En otras palabras: el acusado tiene que enfrentarse a la potencia demoledora de la organización punitiva del Estado, corporificado en los cuerpos policiales, la Fiscalía, el ministerio público, el poder judicial, las presuntas víctimas y perjudicados y, en ocasiones, la prensa amarillista, los políticos oportunistas y las organizaciones no gubernamentales de zigzagueante conducta y fines no siempre muy claros; para eso necesita estar dotado de sólidas garantías y un defensor autorizado que le permitan enfrentarse con mediano éxito a todo aquello que se mueve detrás de la acusación. "El concepto de la defensa —dice FRANCESCO CARNELUTTI[130]— es opuesto y complementario del de la acusación; ya se ha dicho que la formación del juicio penal sigue el orden de la tríada lógica: tesis, antítesis, síntesis; si el juicio es síntesis de acusación y de defensa, no se puede dar acusación sin defensa, la cual es un contrario y, por eso, un igual de la acusación. Se llama nuevamente la atención sobre la igualdad propia de los opuestos o contrarios; esta verdad, que quizá no es puesta plenamente en claro por la lógica, precisamente a propósito de las relaciones entre acusación y defensa, constituye uno de los principios de la mecánica penal. Precisamente porque, como se ha dicho, la pasión, sin la cual la busca de las razones y de las pruebas no conduce al éxito, puede arrastrar y por eso extraviar a quien busca, se separa la busca de la valoración; pero si el encargado de valorar tuviese a la vista los resultados de una busca solamente, también la valoración correría el riesgo de no dar resultado; a una pasión es necesario contraponer otra para alcanzar la serenidad; puesto que la acusación tiende fatalmente a separarse de la línea recta, es necesaria una fuerza igual y contraria para corregir la desviación".

Esta consolidación histórica de los valores dialécticos del sistema acusatorio le permite garantizar el derecho a la defensa. En esa dialéctica creadora la misión última de la defensa es la de ser el espejo de la acusación, pero un espejo descarnado, como el de la bruja de Blancanieves, que no le oculte sus arrugas.

---

130 Cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, *op cit*., págs. 232-233.

La actitud defensiva que asume toda persona incriminada es una simple manifestación del instinto de conservación y supervivencia inherente a todo género o especie viviente; un mecanismo de defensa que se dispara ante cualquier ataque externo. En este sentido, no cabe duda alguna de que cualquier imputación penal constituye un ataque a la estabilidad física y emocional de la persona sindicada, y por ello resulta absolutamente natural que esta tienda inmediatamente a proclamar su inocencia o a justificarse. En este sentido, nuestra concepción de la imputación penal (dentro o fuera del proceso), que la presenta como un ataque a la persona humana, es consecuente con el principio de presunción de inocencia, que constituye su contrario y, por tanto, representa una toma de posición filosófica ante la imbricación de aquellos dos importantes componentes del proceso penal: debido proceso y derecho a la defensa.

Se trata de una toma de posición, porque no siempre el derecho a la defensa en juicio penal fue visto como consagración jurídica de una reacción natural frente a un ataque. Hubo momentos en la historia de la humanidad, con recurrentes amagos de restauración, en los que el enjuiciamiento penal no podía ser concebido, ni de lejos, como agresión al ciudadano (o a la persona física, si no queremos enredarnos en disquisiciones acerca de existencia o existencia de ciudadanía en pueblos antiguos o del medioevo). En aquellos tiempos, el enjuiciamiento criminal era considerado simplemente la antesala de un castigo merecido y castigo en sí mismo, merced a la inexistencia de la noción de inocencia presunta, y por ello mismo no se le concedía la menor importancia al derecho de defensa de un inculpado considerado ya culpable *a priori.* El proceso era, y en cierto modo aún lo es, parte del castigo. Bajo esas premisas, mal podría haberse estimado que el imputado estaba sufriendo los rigores de un señalamiento injusto o erróneo y, por ende, estaba siendo expuesto a penas inmerecidas.

No se piense tampoco que semejantes consideraciones solo son propias de pueblos bárbaros o del oscuro tiempo medieval. Nada de eso. Hasta fechas relativamente recientes, encumbrados académicos franceses, italianos, españoles y latinoamericanos, cuyos nombres seguramente todos recordamos, proclamaban a tambor batiente la necesidad del secreto sumarial absoluto, so pretexto de que el delincuente se escudaba en las sombras y en la sorpresa para atacar a la sociedad y por ello era necesario procesarlo (¿torturarlo, quizá?) en secreto y sin defensor, para ablandar su voluntad y facilitar su cooperación con el "esclarecimiento" del delito. No sabían acaso estos ilustres doctrinarios que en las redes del proceso penal caían por igual culpables, inocentes y casi inocentes (sujetos ajenos a los hechos pero proclives a ellos, inocentes al fin y al cabo). Es imposible que no lo supieran, pues esa es una realidad palpable en todo tiempo y espacio, y alguno que otro caso de inocentes procesados tuvieron que haber contemplado con sus ojos pecadores.

De tal manera, si partimos de la premisa mayor según la cual el error humano es ineludible en la determinación de quienes deben ser procesados o enjuiciados, y continuamos a través de la premisa menor, según la cual hay que presumir inocente al inculpado hasta sentencia firme, tendremos entonces que concluir, forzosamente, que toda incriminación, aun en las condiciones más avanzadas, democráticas y garantistas del proceso penal, es un ataque a la persona humana y que la correspondencia de ese ataque con el valor justicia no podrá establecerse formalmente sino hasta la sentencia definitivamente firme. El riesgo terrible de que se condene a inocentes, con todo lo que ello significa en términos de pérdida de credibilidad para la justicia humana y de peligro para la libertad como valor, refuerza las exigencias de respeto a las reglas del debido proceso y del derecho a la defensa.

Por tanto, si la defensa penal es manifestación del instinto de conservación, toda renuncia voluntaria a ella debe ser examinada con mucho cuidado. Las confesiones y las admisiones de hechos incriminantes pueden resultar manifestaciones sinceras de caracteres abatidos por el peso del remordimiento y de la evidencia avasalladora; pero puede tratarse también del resultado de torturas físicas o psicológicas, amenazas o promesas engañosas, ejercidas sobre el reo o sobre sus seres queridos, por las autoridades policiales o por terceros inescrupulosos o criminales; o incluso, podríamos estar ante el intento del imputado de encubrir a otras personas, tanto o más responsables que él. El defensor penal debe estar muy atento a estas circunstancias y presto a dar ayuda al reo, pues en estos casos, el infeliz pudiera ser víctima de un fuego cruzado, en tanto estaría bajo la presión de las imputaciones formales y de las fuerzas que lo inducen a la confesión. Solo en ese contexto puede entenderse el derecho a no incriminarse y a no declarar en causa propia, previsto en la mayoría de las modernas legislaciones procesales penales.

Si la humanidad, o al menos la que reputamos como la parte más avanzada de ella, ha establecido firmemente el principio de presunción de inocencia como pilar esencial del debido proceso en materia penal, y si la afirmación de dicho principio pasa necesariamente por el respeto irrestricto al derecho a la defensa del imputado, no cabe entonces duda alguna de por qué este derecho, producto de la naturaleza de las cosas, tiene hoy rango no solo legal, sino constitucional. Tampoco es casual que los derechos a la defensa, al debido proceso y a no incriminarse se encuentren generalmente situados en el capítulo de los derechos políticos fundamentales de una sociedad democrática, pues sin ellos, que están tan vinculados al problema de la libertad, es imposible concebir una sana convivencia dentro de la comunidad políticamente organizada.

2.- LA IMPUTACIÓN COMO CAUSA DE LA DEFENSA PENAL EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Como sabemos, muy frecuentemente el proceso penal se inicia solo a partir de la mera comprobación de hechos que revisten caracteres de delito y sin imputado conocido. La inmensa mayoría, por no decir la totalidad, de los ordenamientos procesales penales establecen que, en ese caso, el proceso comienza a partir de la providencia del órgano instructor que dispone el inicio de la investigación mediante diligencias tendentes a la comprobación de lo denunciado o reportado. Sin embargo, muchos autores consideran que las diligencias de investigación que preceden a la determinación de un imputado concreto no tienen carácter procesal. No compartimos en modo alguno esa opinión, en tanto dichas diligencias son parte esencial del cometido del enjuiciamiento penal, que no es otro que la determinación de la existencia o ausencia de los hechos investigados y de su posible carácter delictivo para, en caso afirmativo, procurar el juzgamiento de las personas presuntamente implicadas en ellos, con la pretensión de su probable condena.

Pero no cabe duda alguna de que la defensa penal no existe hasta cuando exista una persona concreta imputada o a punto de ser imputada en la causa, pues si, como hemos explicado, la defensa penal consiste en oponer argumentos y evidencias a imputaciones penales concretas, la defensa y la presencia de la figura del defensor en los marcos del proceso solo son posibles a partir de la existencia de una persona determinada, señalada oficialmente de haber participado en tal o cual hecho delictivo concreto, o en vías de serlo. En idioma castellano: a esa persona se la ha denominado genéricamente "imputado", "sindicado", "acusado", "indiciado", "inculpado", "enjuiciado", "procesado", etc., con independencia de que las diversas legislaciones suelen conferir contenidos específicos a esas denominaciones en función de ciertos indicadores, tales como la etapa en que se encuentre el proceso y las cargas procesales que deben evacuar, entre otros. Preferimos usar esos términos en su acepción genérica para hacer fluida y digerible la explicación, en el entendido de que todas esas denominaciones se refieren a la persona sometida a un proceso penal, pero en el entendido de que la más acertada y genérica de todas es la de "imputado".

Pues bien, de lo anterior se sigue que la defensa penal puede ejercitarse tanto respecto a un imputado *real* en un proceso penal específico y respecto a un imputado *potencial* o sujeto susceptible de llegar a ser oficialmente imputado. Ahora bien, la atribución de la condición de imputado en el proceso penal puede producirse de manera directa o indirecta, en dependencia del tipo de actos que ejecuten las autoridades de persecución penal para señalar o implicar a determinadas personas en los hechos investigados.

En toda sociedad democrática donde rija el sistema acusatorio, la legislación procesal penal les impone a las autoridades el deber de investigar y de recabar suficiente evidencia para establecer el probable carácter delictivo de los hechos investigados y para señalar (imputar) a determinadas personas como probables partícipes en ellos. A partir de ahí, y con vista de la gravedad de los hechos y de la personalidad de los implicados, los órganos de investigación e instrucción podrán optar por ordenar su detención o citarlos para comparecer como imputados en libertad, con objeto, en ambos casos, de darles a conocer los hechos que se les imputan y hacerles saber sus derechos como inculpados (instructiva de cargos). De tal manera, los modos directos de imposición de la condición de imputado en el proceso penal son dos: la detención (incluidos los casos de flagrancia) y la citación en calidad de imputado. La defensa de las personas que se encuentran en estos casos comienza a partir de la instructiva de cargos.

Sin embargo, no siempre la determinación de los imputados en una causa penal se produce de manera directa y formal mediante una instructiva de cargos que sigue a una detención o a una citación. Muchas veces las autoridades encargadas de la persecución penal realizan determinados actos (registros, pesquisas o interrogatorios incriminantes), por cuyo medio se incrimina indirectamente a ciertas personas como probables partícipes en los hechos investigados. En estos casos no existe ninguna imputación formal, sino una incriminación *de facto*, generalmente difusa, lo cual hace más difícil su refutación. Por ello, y teniendo en cuenta que la defensa penal solo es efectiva si las imputaciones son concretas y circunstanciadas, los actos de defensa en estos casos no consistirán en alegatos de fondo, sino simplemente en la reclamación de una instructiva formal de cargos o de una declaración de exoneración, esto es, una defensa de forma, como se explicará más adelante.

Algunos doctrinarios han llegado a concebir la posible existencia de una defensa penal impersonal y abstracta, es decir, sin que exista persona inculpada en la causa. Básicamente esta posibilidad ha estado asociada a los supuestos de prueba anticipada cuando la legislación los admite antes de la individualización del imputado. En estos casos se supone que un defensor público o de oficio debe estar presente en los actos anticipatorios de prueba, para servir de contrapeso a la actuación de los acusadores o de los órganos de instrucción sobre la base de los alegatos que racionalmente pudiera oponer un hipotético sindicado. Se trataría de una clásica actuación de “abogado del diablo”.

No obstante, esta tesis ha perdido totalmente vigencia por dos razones esenciales: la primera, porque la doctrina y la jurisprudencia se inclinan hoy, y cada día más, por la admisión de la práctica de pruebas anticipadas en el proceso penal solo después que exista imputado individualizado en la causa capaz de controlar esas pruebas; y la segunda, que es causa de la primera, porque solo el imputado concreto puede aportar las circunstancias

específicas de su propia defensa. Esas circunstancias específicas del imputado, tales como sexo, carácter o temperamento, edad, talla, peso, el ser diestro o zurdo, el poseer deformidades o impedimentos físicos, sus relaciones con las víctimas o con el objeto del delito, su patrimonio o condición social, su grado de educación o cultura, sus habilidades, gustos o preferencias, su localización al momento de los hechos justiciables, entre otras muchas, son de tan capital importancia que siempre serán, de una u otra manera el sustento de la defensa de fondo. De tal manera, sin imputado concreto no existe defensa penal posible, y la causa en tales condiciones es mera averiguación con vocación de juzgamiento.

La aparición de la figura del imputado en una causa penal determina no solo el surgimiento de la necesidad de defensa, sino la aparición casi simultánea de sus dos formas subjetivas ineludibles: la defensa material y la defensa técnica, y con esta, la figura del defensor.

3. CIRCUNSCRIPCIÓN DE LA DEFENSA AL HECHO IMPUTADO

Una de las más importantes consecuencias automáticas de la correcta aplicación del sistema acusatorio es la delimitación del contenido fáctico del proceso en razón del principio de correspondencia entre el hecho imputado y el hecho juzgado.

El imputado resulta entonces doblemente beneficiado por esta característica, ya que adquiere la certeza del contenido fáctico de su juzgamiento y, además, su defensa quedará circunscrita a ese contenido fáctico.

Observe el lector que solo hemos hecho referencia al contenido fáctico de la imputación, es decir, al *hecho* imputado y no a ninguno de los otros elementos que configuran la imputación, como lo es, por ejemplo, la calificación. Ello se debe a que, como ya lo expusimos, el elemento determinante de la imputación es el hecho o hechos que se le achacan al imputado, en tanto que la calificación jurídica y la pretensión punitiva están siempre en dependencia del hecho imputado. Esto no quiere decir que esos elementos no sean importantes para la defensa. Todo lo contrario, es posible estructurar una magnífica defensa penal sobre la base de conseguir una calificación más benigna de los hechos imputados o una rebaja sustancial de la pena al poner de manifiesto circunstancias atenuantes, pero ello será siempre a partir del hecho imputado, que lo tendrá el defensor como cierto e irrebatible o que logrará desvirtuar o atenuar. Por tal razón, la defensa en el proceso penal acusatorio no puede desentenderse jamás del hecho imputado.

4.- DEFENSA MATERIAL Y DEFENSA TÉCNICA

La defensa material es la que realiza el mismo imputado, bien por acción o por omisión, de manera oral o por escrito, con palabras, con gráficos o dibujos. Por tanto, forman parte de la defensa material todas las manifestaciones, explicaciones o conductas del imputado encaminadas a refutar toda imputación directa o indirecta que se le haga, dentro o fuera del proceso. En otras palabras: la defensa material en el proceso penal abarca tanto la negativa del imputado a pronunciarse sobre los hechos que se le atribuyen, como todo tipo de declaraciones, explicaciones, hipótesis o sugerencias que emita sobre ellos. En el sistema acusatorio, el silencio absoluto del imputado es posible en tanto la carga de la prueba recaiga sobre las partes acusadoras, y por ello ese silencio es una postura válida de defensa material.

La defensa material es *personalísima*, pues cada imputado solo puede ejercer actos de descargo con efectos jurídicamente vinculantes sobre la participación que se le atribuye en los hechos imputados. Esto quiere decir que la autoridad instructora solo está obligada a comprobar los descargos o coartadas que ofrezca el imputado sobre su persona y no los que emita sobre probables coimputados. Esta circunstancia debe ser decisiva para limitar la autodefensa del imputado aventajado a su esencia misma; es decir, se debe permitir que un imputado vivaz pero lego se defienda a sí mismo en ciertas circunstancias, pero nunca permitírsele defender a sus correos. Si el imputado fuere abogado podría teóricamente defender a sus compañeros de causa, pero para autorizarlo, el tribunal tendrá que considerar si, dadas las circunstancias, el sujeto está efectivamente en condiciones de hacerlo.

La defensa técnica es la que realizan las personas, generalmente abogados, que asumen la misión de interceder o abogar por el imputado ante el tribunal de la causa. Estas personas, necesariamente distintas de la persona del imputado, se denominan defensores y constituyen una especie particular de sujetos procesales, procesalmente identificados con el imputado en razón de su función, al extremo de constituir una sola unidad de parte en el proceso. Por tanto, podemos resumir el concepto de defensa técnica como aquella que llevan a cabo los defensores. La denominación de "técnica" se debe a los conocimientos técnico-jurídicos que se requieren para su ejercicio, por lo que dicha defensa se les suele confiar solo a los profesionales del derecho.

La defensa material tiene su nicho ideal en las declaraciones del imputado durante el proceso, pues estas constituyen la oportunidad idónea para que exponga su posición respecto a lo que se le enrostra. Sin embargo, el valor defensivo de la declaración del imputado guarda relación con la eficacia que cada ordenamiento procesal le confiere a este tipo de deposición.

En cualquier sistema de derecho avanzado y democrático, el imputado no tiene obligación alguna de declarar en causa propia. Pero en estos albores del siglo XXI, cuando

redactamos estas líneas, no existe unanimidad en el mundo democrático acerca de la extensión de ese derecho.

Así, por ejemplo, en los países que siguen el sistema de derecho romano-germánico, donde todo delito debe ser probado con independencia de la confesión del reo y del testimonio de sus allegados y correos, la declaración del imputado ha dejado de ser un medio de investigación, para convertirse en mero medio de defensa, con el consiguiente desaliento de la búsqueda de la confesión forzada mediante la tortura. De igual manera, en este sistema, las manifestaciones del imputado no pueden dividirse en su perjuicio.

Por el contrario, en los países del *common law*, donde el derecho a no declarar en causa propia se mantiene aún limitado a la simple prerrogativa de permanecer callado y donde "todo lo que diga el imputado puede ser tomado en su contra", como preceptúa la célebre "Advertencia Miranda" (*Miranda Warning*), es frecuente que los "sospechosos" sean sometidos a fuertes interrogatorios policiales sin la presencia de sus defensores, tal como lo reflejan la literatura y el cine norteamericanos. En el mundo del derecho anglosajón, el trámite de la declaración del imputado ni siquiera forma parte del proceso, pues si aquel quiere declarar debe hacerlo bajo juramento y con todos los requisitos y riesgos del testigo. Mientras el imputado en el proceso penal de orientación euro-continental puede incluso mentir sin que ello le acarree consecuencias, el angloparlante corre el riesgo de ser condenado no solo por lo que se acusa, sino también por falso testimonio. Por tanto, la declaración del imputado (*deffendant*) se limita, en lo fundamental al *plea*, es decir, a contestar, a preguntas del juez, si se declara culpable o inocente.

De lo dicho se deduce que la gama de matices de la defensa material en el sistema continental europeo es mucho más amplia que en el sistema anglosajón, pues el primero, además de permitir mayor holgura en la declaración del imputado, que puede rendirse sin juramento ni apremios, autoriza al imputado a realizar directamente pedimentos al tribunal y a los órganos de investigación, tales como diligencias de investigación, careos, etc.

La defensa técnica consiste en el asesoramiento del imputado por una persona conocedora tanto de las normas que rigen el proceso penal como del derecho penal material y que tiene la misión de asegurarle la legalidad plena del tratamiento de su caso, con todas sus connotaciones constitucionales y legales (debido proceso, juez natural e imparcial, etc.). La defensa técnica coincide con la defensa material en el supuesto de la autodefensa cuando el imputado es abogado o un empírico verdaderamente aventajado.

La defensa técnica se desarrolla en todo momento del proceso, incluso antes del inicio formal de este, y comprende todo tipo de alegatos y el ejercicio de todos los medios que el derecho consagra para el aseguramiento de los intereses del imputado, tales como alegato de excepciones, recusaciones, solicitudes de diligencias de investigación, promoción de

pruebas, mociones sobre pruebas ilícitas, recursos e incluso los actos extraprocesales de defensa, bien sean mediáticos, forales o de cabildeo.

Sin embargo, en todo caso, la defensa técnica debe estar subordinada a la defensa material, pues de otra manera no sería defensa y la independencia del imputado como sujeto procesal quedaría absolutamente aplastada. Esto lo veremos más adelante, cuando tratemos los temas referentes a la relación entre la postura procesal del imputado y la postura procesal del defensor y a la naturaleza de la posición procesal del defensor.

5.- LA POSICIÓN JURÍDICA DEL DEFENSOR Y SU RELACIÓN CON EL IMPUTADO. IMPERATIVO ÉTICO

La defensa penal sugiere un problema ético fundamental. Se trata de la identificación del abogado con la causa de su defendido y, particularmente, con su posición frente a los hechos que se le imputa.

Desde el siglo XIX la ciencia del derecho discute sobre la naturaleza jurídica de la relación entre el defensor y su defendido. No cabe duda de que esta es una relación jurídica en el mejor sentido de la definición aportada por SAVIGNY, pues se trata de "una relación entre personas a la que la ley le atribuye eficacia y efectos". Sin embargo, ¿de qué tipo de relación se trata?, ¿es una relación voluntaria o necesaria *ex lege*?, ¿cuál es su fuente, la libre voluntad de las partes o la ley?

La relación entre el imputado y el defensor en el proceso penal está muy lejos de ser voluntaria, pues la Constitución y la ley ordenan que toda persona incriminada en causa penal disponga de la asistencia, representación o asesoramiento de un abogado de su confianza, o de aquel que el Estado le designe de oficio, si no lo tuviere o no lo pudiere pagar, salvo los casos en que se autoriza la autodefensa. De tal manera, todo imputado, en principio, debe tener un defensor —gústele o no—, y en ese sentido hay muy poca autonomía.

Ahora bien, bajo el esquema anterior el imputado tiene la libertad de solicitar o aceptar la defensa pública, según las diversas legislaciones, de pedir ejercer su propia defensa, lo cual, como vimos, siempre está sujeto a valoraciones judiciales o, finalmente, de nombrar a un abogado privado, que no siempre es precisamente "de su libre escogencia", sino seleccionado por sus familiares, amigos, organizaciones de derechos humanos, etc. Solo en el caso del abogado designado podríamos hablar de una relación contractual entre defensor y defendido.

Pero aun en el caso del abogado defensor libremente escogido por el imputado, la autonomía se ve seriamente limitada por la ley, pues es evidente que las partes no pueden pactar a su antojo el contenido de las cláusulas del convenio jurídico de defensa penal, pues

existen limitaciones a la actuación del defensor, que no puede declararse confeso ni transigir de manera alguna en lugar de su defendido, pues en el proceso penal estas son facultades personalísimas del imputado. Tampoco puede el defensor recurrir de una decisión judicial contra la negativa expresa del procesado. Sin embargo, el defensor, aun el público o de oficio, tiene responsabilidad disciplinaria, civil y hasta penal por determinados actos temerarios, maliciosos o imprudentes que pudieran poner en riesgo o causarle daño a su defendido. Los defensores designados solo pueden prometer desarrollar su trabajo de la mejor manera posible conforme a la ley, y los defendidos no pueden comprometerse sino a pagar los honorarios profesionales que hayan acordado. De tal manera, la mayoría de las veces no existe convenio escrito de defensa penal y la única prueba de su existencia es el acta procesal, poder o resolución donde conste el nombramiento y la aceptación de este, pues el juramento es cada vez más una antigualla en desuso, dado el primado de la ley.

Empero, la extensión de las facultades y obligaciones procesales de un defensor designado o privado frente a su representado y a la sociedad son exactamente iguales a las de un defensor público o designado de oficio, salvo únicamente a lo que respecta a la contraprestación dineraria, si se hubiere pactado.

De este modo, si nos preguntaran cuál es la naturaleza jurídica de la relación entre defensor y defendido, diríamos que es una relación entre personas cuya fuente es la ley y en la que el sujeto pasivo, que es el defensor, asume la obligación de asesorar lealmente a su defendido y de efectuar, dentro y fuera del proceso y en el marco de la ley, todas las actividades necesarias para mejorar su situación en la mayor medida posible, según su saber y entender y con independencia de cuál sea la fuente de remuneración de sus servicios.

Dicho todo esto, podemos abordar ahora con más propiedad el problema de la naturaleza jurídica del defensor en el proceso penal, para establecer si constituye una institución de derecho público al servicio del esclarecimiento de la verdad, aun cuando esto pudiera ir contra los intereses de su patrocinado o si, en cambio, se trata de una institución de derecho privado al servicio exclusivo del imputado, destinada a favorecerle a todo trance.

A partir del siglo XIX los doctrinarios se han preguntado si el defensor penal debe ser considerado órgano de la administración de justicia cuya misión es contribuir al esclarecimiento de la verdad mediante una conducta absolutamente objetiva en su representación del incriminado, o si, por el contrario, debe ser tenido como mandatario del imputado a cuyos intereses debe responder, a riesgo incluso de mentir y delinquir en desmedro de la sociedad, para cumplir su misión.

En realidad, la naturaleza jurídica de la defensa penal no estriba ni en una cosa ni en la otra, sino todo lo contrario, pues aun cuando el defensor sea designado por el Estado, no puede ser considerado jamás órgano de la administración de justicia, en tanto su actuación

no debe estar subordinada a directrices de los tribunales ni de la Fiscalía, sino simplemente a la ley, a su leal saber y entender y a los intereses legítimos de su defendido, conforme a las particularidades del caso. Al mismo tiempo, la naturaleza de la función del defensor no puede ser medida por el hecho de que este sea designado en virtud de una relación contractual, pues, los defensores públicos o de oficio son designados por el Estado, y además, todo contrato de servicios jurídicos en materia de defensa penal estará condicionado siempre por la ley y por los marcos objetivos del proceso, lo que, obviamente, limita la autonomía en este contrato, que comporta esencialmente una obligación de medio.

De tal manera que, como expresa ROXIN[131], la posición jurídica del defensor no puede derivarse de "teorías" más o menos predeterminadas, sino, decimos, de la naturaleza de las cosas, en este caso de la naturaleza del proceso penal como ataque de la sociedad a las personas que se suponen autores o partícipes de delitos.

En ese sentido, el defensor penal es el representante y vocero del imputado y tiene la obligación de alegar todo cuanto aparezca de autos como favorable a su cliente, sin resaltar nada que le perjudique, aun cuando estuviere suficientemente demostrado, pues el resaltar y enfatizar las circunstancias incriminantes es tarea de las partes acusadoras. Sería profundamente inmoral pedirle al defensor que hiciera el trabajo de estas, en aras de una supuesta búsqueda de la verdad en favor de la sociedad. Si así fuera, terminaríamos por repetir aquellas grotescas escenas, vistas durante los juicios seguidos ante tribunales revolucionarios a través de la historia, en las que los defensores de personas acusadas de ser "enemigos del pueblo" solían concluir sus informes orales diciendo: "No hay leyes lo suficientemente severas para aplicarlas a culpables como mi defendido".

Cuando el defensor cumple con su deber de destacar todo aquello que en la causa beneficia a su representado, dejando de lado o minimizando todo aquello que lo perjudica, no está cometiendo infracción alguna a la ética o la moral, pues no se trata de forjar pruebas ni de falsear hechos, sino de hacer uso del material probatorio de la causa de la mejor manera posible en beneficio de su cliente, lo cual es precisamente el cometido de la defensa penal, conforme a la naturaleza del proceso penal. Es más, cualquier actuación del defensor en otro sentido no podrá ser nunca presupuesta, sino fehacientemente demostrada.

No puede pedírsele al defensor penal, como se le pide en los regímenes dictatoriales e incluso en procesos políticos seguidos en algunas naciones democráticas, que "armonice" los intereses de su defendido con los intereses de la "sociedad", del "pueblo", de la "patria", etc. Tal armonización es, en la mayoría de los casos, imposible, porque los intereses de quien

---

[131] CLAUS ROXIN, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pág. 132.

dice ser inocente y los de la sociedad que lo quiere preso o muerto, son irreconciliables. En tal caso, si el defensor hace concesiones en favor de la sociedad, estaría empujando a su cliente, probable o ciertamente inocente, a la cárcel y, por ende, causándole un enorme perjuicio a el y a la justicia como valor. De tal manera, la armonía referida solo es posible cuando al imputado, ciertamente responsable, se le castiga solo en la justa medida de su participación, pero como la verdadera responsabilidad se demuestra en juicio oral, el imputado tendrá siempre el derecho a agotar las últimas instancias del proceso, a menos que libre y espontáneamente decida antes confesar.

De tal manera, la naturaleza jurídica de la posición del defensor no viene determinada por la contraposición derecho privado-derecho público, sino por su condición de sujeto necesario e imprescindible en el proceso penal acusatorio o de partes adversas, opuesto a la acusación, cuya crítica exhaustiva y honesta y su apego a los intereses legítimos de su patrocinado deben contribuir decisivamente a la realización de la justicia. Todo defensor, público o privado, se debe realmente a ello y debe obrar siempre en ese sentido.

El defensor debe ser siempre fiel a los intereses de la causa que defiende en concreto y a la concepción del valor justicia que por ello pasa, pues para acusar y condenar se bastan y sobran el Estado, con todas sus fuerzas (Fiscalía, policía, tribunales, soplones asalariados y comprometidos, etc.); la víctima y la opinión pública, con su poder nada despreciable, personificado en los medios de comunicación; las organizaciones no gubernamentales y los maledicientes de siempre. No en balde las legislaciones más avanzadas han terminado por darles reconocimiento unánime a las normas que protegen el secreto de la comunicación entre el imputado y su defensor y a la privacidad e inviolabilidad de los despachos u oficinas de abogados.

En este sentido, si el defensor de un sujeto acusado de ser asesino en serie sospecha que su cliente es efectivamente culpable, pero sabe de cierto que las pruebas con las que se le incrimina han sido obtenidas por medios ilícitos, debe hacer valer este último argumento más allá de sus convicciones o sospechas, pues de lo contrario estaría traicionando no solo a su cliente, sino también su compromiso con el valor justicia, ya que estaría cohonestando no solo la condena de su defendido sobre bases dudosas, sino algo más grave aún, la generalización de una práctica antidemocrática y socialmente peligrosa.

Como hemos visto, la estructura y cometido del proceso penal contemporáneo supone, de manera casi obligada, la presencia de dos tipos de sujetos en la posición de la defensa: el imputado, sujeto de la defensa material, y el defensor (uno o varios), sujeto de la defensa técnica.

Lógicamente, la presencia de estos dos sujetos con titularidad en la defensa, que en principio debieran ser coincidentes en sus posturas procesales y sus tesis defensivas, trae

siempre a la palestra la posibilidad de discrepancias en torno a cómo debe acometerse el enfrentamiento de las imputaciones. Las referidas discrepancias pueden aparecer en razón de los distintos puntos de vista que pueden sustentar, y de ordinario sustentan, los que sufren la condición de imputados y los que observan la causa desde la saludable distancia del defensor.

Sin embargo, lo realmente importante es que estas discrepancias no trasciendan al proceso perjudicando el cometido mismo de la defensa y para ello es absolutamente necesario que la postura de defensa que promueve el defensor no sea incompatible con la que sustenta el imputado en su defensa material.

Para lograr el objetivo mencionado, será necesaria gran coordinación entre el imputado y su defensor, que deberán reunirse en privado para acordar las posturas de defensa, tanto de forma como de fondo, que deberán oponer a las imputaciones. Se trata de un proceso de negociación, más o menos intensa o compleja, según los caracteres, personalidades e índices de cultura y preparación de uno y otro.

Al hacerse cargo de un caso, todo defensor debe imponerse de cuanto se imputa a su defendido y observar con sumo detalle la forma en que han procedido las autoridades para llegar hasta él, analizando con mucho detenimiento las evidencias con las que pretende incriminársele. Así mismo, el defensor deberá entrevistarse con su patrocinado y escuchar con atención la versión de los hechos que este le refiera y enterarse en detalle de todo cuanto el imputado haya declarado en el proceso, si ya lo ha hecho. Es menester comparar lo que alega el imputado y lo que arrojan las actuaciones, para determinar si las imputaciones están bien fundadas o no y si el inculpado pudiera estar mintiendo o diciendo la verdad. Cuando el defensor compruebe que su patrocinado no dice toda la verdad, debe discutir el punto sinceramente con este bajo la concebida premisa de confianza recíproca que se resume en la conocida frase: “Dígame usted la verdad, que la mentira se la digo yo al tribunal”, en el entendido de que ese tipo de confesión está protegida por estrictas normas de secreto profesional.

El defensor, y menos aquel que es designado por el imputado, sus familiares o allegados, no debe jamás adelantar en el proceso una postura de defensa que sea contraria a la que sustente el propio inculpado: esa es la regla de oro de la relación entre la persona sindicada y su defensor. Las divergencias entre uno y otro respecto a las tesis de defensa deben ser limadas a la mayor brevedad posible y establecerse las bases efectivas sobre las que se producirá la defensa o resolviendo definitivamente la relación.

Cuando un defensor observa que no es posible sostener la tesis de inocencia absoluta (*alienidad*) que alega el imputado, en razón de la solidez de la evidencia incriminadora, debe tratar de convencer al imputado de que cambie el contenido de su defensa por una tesis de justificación o por una de aceptación parcial de responsabilidad. Para ello el defensor deberá

alegar muy buenas razones e incluso comprometerse por escrito en el sentido de que se trata de una escogencia correcta. En este caso, si el imputado no acepta cambiar su postura de defensa, el defensor podrá optar por renunciar a la defensa o por continuar bajo la absoluta responsabilidad del imputado, expresada incluso por escrito. En esta última situación, la inconformidad del defensor con la tesis que debe defender no puede ser justificación para un actuar displicente o negligente, pues si acepta la defensa en esos términos tiene que honrar su compromiso y cumplir fielmente su encomienda, como lo haría un buen padre de familia. Recuérdese que un abogado litigante, no tiene la obligación de defender a nadie.

En el ejemplo anterior, si el defensor logra convencer al imputado de que su postura es la correcta, este deberá rendir su declaración conforme a lo acordado, y si ya ha declarado en el proceso, entonces debe solicitar realizar una nueva declaración que recoja la postura acordada. Cuando el imputado no esté en disposición de acatar los consejos de su defensor y no confíe en que este seguirá sus tesis de defensa, entonces lo despedirá sin más; si se tratare de un defensor privado, pedirá al tribunal de la causa que le cambie de defensor público o de oficio, o le solicitará ejercer su autodefensa.

El defensor es absolutamente libre para no aceptar defender a una persona contra sus propias convicciones, pero no existe razón humana alguna que justifique el que pueda imponerle una postura procesal al imputado. Si el defensor tiene alguna objeción de conciencia sobre las razones de defensa que piensa esgrimir el imputado, entonces debe renunciar a defenderlo. Si el imputado se ha declarado inocente y sin embargo el defensor piensa que es culpable, entonces lo mejor es que este se aparte, pues resulta muy difícil sostener aquello en que no se cree.

No debe olvidarse que el protagonista del proceso, el que sufre sus consecuencias, es el imputado y que el defensor es un sujeto necesario pero accesorio y que las verdaderas razones de defensa son las del imputado, y al defensor solo le corresponde dosificarlas y encauzarlas. El defensor es necesario en razón de la complejidad del derecho en general y del proceso en particular y de la fuerza, muchas veces ciega y torpe, del aparato represivo del Estado, como ya hemos explicado *in extenso*, pero de ninguna manera puede olvidarse que las cuestiones básicas de la defensa en el enjuiciamiento penal, es decir, el problema de la existencia o ausencia de responsabilidad penal en el imputado.

Por tanto, la postura procesal del defensor y sus tesis de defensa deben estar completamente subordinadas, en lo fundamental, a las tesis de defensa material del imputado. A esto llamamos el principio de prevalencia o supremacía de la defensa material sobre la defensa técnica.

6.- EL CONTENIDO DE LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL. DEFENSA DE FORMA Y DEFENSA DE FONDO

El proceso penal desempeña el papel de recipiente o continente del hecho juzgado, que es su contenido u objeto. Por tanto, el proceso constituye la forma del juzgamiento penal, en tanto que el hecho juzgado es su fondo o mérito, es decir, su razón de ser. Por ello, la defensa penal tiene dos aspectos o maneras de manifestarse: una de forma, encaminada a preservar la equidad del juzgamiento (debido proceso) y a lograr las condiciones más ventajosas para el imputado durante el proceso (beneficios); y otra de fondo, consistente en los argumentos y probanzas de descargo. La relación entre forma y fondo es aquí casi obvia, pues cuanto más equitativas y transparentes sean las condiciones del juzgamiento, los argumentos de defensa del imputado serán apreciados de forma más serena e imparcial.

Por esto sostenemos que en el proceso penal, forma y fondo mantienen una relación dialéctica recíproca de determinante a determinado, pues el tipo de hecho juzgado determina las particularidades del proceso concreto (competencia por la materia, beneficios posibles, características de la actividad probatoria, etc.), pero el desarrollo del procedimiento, según las pautas del debido proceso, determinará un resultado u otro en la solución que se le dé al hecho juzgado (preclusión, absolución, condena o absolución de la instancia).

La defensa de forma o defensa formal es el conjunto de actos que puede y debe desarrollar el defensor para la preservación o aseguramiento del debido proceso en las condiciones específicas del ordenamiento jurídico que rige el proceso penal en tiempo y lugar determinados. La defensa de forma constituye el aspecto táctico de la defensa penal, pues guarda estrecha relación con el cumplimiento que de las formalidades esenciales del proceso hacen las autoridades de persecución penal y los tribunales. Se trata entonces del control de la observancia de los derechos y garantías fundamentales del imputado y, por tanto, resulta obvio que el contenido de la defensa formal será absolutamente casuístico ante cualquier proceso concreto. En otras palabras: estas situaciones deben ser abordadas según se presenten y cómo se presenten.

A.- CONTENIDO DE LA DEFENSA DE FORMA O DEFENSA FORMAL

De acuerdo con el alcance de sus objetivos, la defensa de forma tiene dos contenidos posibles: uno constitucional y otro procesal ordinario.

1.- *Contenido constitucional de la defensa formal.*

La defensa es una necesidad vital para la búsqueda de la verdad en el proceso penal y, por tanto, requisito esencial para la realización de esa importante parcela de la justicia que es la justicia penal. Por eso, el derecho a la defensa en el proceso penal, siendo un componente básico en la realización de la justicia, es un derecho humano fundamental y, como tal, encuentra su reflejo en las Constituciones modernas.

Muchas veces el derecho a la defensa tiene solo el valor de un enunciado formal, cuya aparición en algunas Constituciones sirve simplemente para acallar a los críticos de algunos regímenes, que pretenden vender la idea de que su sola plasmación formal en la Constitución implica efectivamente el respeto a ese derecho. Esto suele ocurrir en sociedades donde tales enunciados constituyen "fondos exportables", en tanto a lo interno, los factores de poder hacen imposible la realización práctica de su esencia. Esto ocurre allí donde el Estado es el dueño de los medios fundamentales de producción, o donde el presupuesto oficial y el gasto público y no la empresa privada y la libre concurrencia, son los motores de la economía y de la sociedad.

En cambio, en aquellas sociedades que han alcanzado un nivel suficiente de generalización de la propiedad privada y de consolidación de las clases medias, los ciudadanos pueden convertirse, de manera individual o en sus asociaciones libres, en verdaderos factores de presión frente a los que controlan el Estado. En esas circunstancias, las condiciones para el ejercicio del derecho a la defensa mejoran considerablemente, aun cuando ninguna sociedad está exenta de injusticias y de falta de coincidencias entre los derechos proclamados y la posibilidad efectiva de ejercerlos, conforme a los fines mismos de cada sociedad.

No obstante, esa larga elaboración histórica del contenido del derecho a la defensa en el proceso penal se ha reflejado en la mayoría de las Constituciones modernas, en los tratados internacionales o en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Entre esos contenidos formales del derecho a la defensa tenemos:

a.- El derecho del imputado a conocer los hechos imputados y la evidencia que los calza.

b.- El derecho del imputado a tener asistencia jurídica inmediata.

c.- El derecho del abogado designado de acceder libremente a su defendido.

d.- El derecho del imputado a elegir libremente si declara o no en su propia causa y a usar su declaración exclusivamente como medio de defensa.

e.- El derecho del imputado y su defensor de disponer de oportunidades suficientes para preparar los argumentos de defensa.

f.- El derecho del imputado y su defensor de promover diligencias de investigación y pruebas para sustentar sus tesis de defensa.

g.- El derecho al alegato oportuno y a los recursos establecidos por la ley.

h.- El derecho a un juzgamiento sin dilaciones indebidas.

i.- El derecho a un tribunal imparcial, constituido y dotado de competencia con anterioridad al hecho que debe juzgar.

j.- El derecho del imputado a ser juzgado con pruebas obtenidas de manera lícita.

En cualquier sociedad medianamente democrática, de economía formalmente capitalista, en la que prevalezca la propiedad privada y exista alternancia en el ejercicio del poder público, cada uno de esos componentes del derecho a la defensa constituye a su vez un derecho exigible de manera independiente, ya sea mediante las oportunidades previstas en el proceso penal ordinario o por medio de acciones constitucionales, cuando tales derechos estén "constitucionalizados", es decir, consagrados en las leyes constitucionales, lo que modernamente se ha dado en llamar bloque de constitucionalidad.

Es perfectamente comprensible que estos derechos constituyan el conjunto de condiciones mínimas sobre cuya base puede medianamente asegurarse el éxito de la defensa penal. De ahí que, ante la inobservancia de cualquiera de ellos, su exigencia legal sea parte esencial y requisito previo de la defensa penal propiamente dicha. En otras palabras: nadie puede oponerse a los hechos imputados y a su prueba, si primero no se conocen, y de nada vale que alguna prueba de cargo sea manifiestamente ilícita, si no se nos permite demostrarlo.

Por estas razones, el derecho a la defensa en el proceso penal, en tanto modalidad más urgida del derecho a la defensa en los procedimientos jurisdiccionales y administrativos en general, es la *conditio sine qua non* para el desarrollo de las tesis concretas de defensa, sean procesales o sustantivas, en los marcos de un proceso penal concreto. De tal manera, las reclamaciones sobre la constitucionalidad de tal proceso son indiscutibles actos de defensa que ningún defensor debe pasar por alto.

Ahora bien, es preciso establecer que las razones de orden constitucional en la defensa penal deben ser manejadas con sumo cuidado. Los alegatos de violaciones constitucionales pueden efectuarse normalmente por dos vías: dentro de la jurisdicción penal misma, ante el tribunal de la causa o ante los de alzada, o mediante la jurisdicción constitucional. La primera opción es posible en casi todos los ordenamientos jurídicos, habida cuenta de la facultad que normalmente tienen los tribunales ordinarios para declarar la supremacía del orden constitucional. La segunda posibilidad de acción, es decir, la de ocurrir a la jurisdicción constitucional, estará en dependencia de la existencia misma de esta y de sus características.

La elección del cauce para el planteamiento de defensa de orden constitucional dependerá siempre de la urgencia de la solución y demás características del caso y de la propia conformación del sistema de garantías constitucionales. Así, en algunos casos será necesario ejercer acciones de suma urgencia, incluso previas a la incoación formal de

cualquier proceso penal, como las de *habeas corpus*, pero en otras ocasiones será necesario agotar los planteamientos ante la jurisdicción ordinaria antes de acudir a las acciones constitucionales (amparo, tutela, inconstitucionalidad e inexequibilidad, etc.).

2.- *El contenido procesal ordinario de la defensa formal.*

El contenido procesal ordinario de la defensa formal se afinca en el diseño mismo del proceso penal, en los principios fundamentales que proclama la ley adjetiva y en la regulación de las instituciones procesales. Entre las manifestaciones más importantes de la defensa formal ordinaria tenemos:

a. El alegato de falta de jurisdicción.

b. El alegato de falta de competencia por razón de la materia o del territorio.

c. Las recusaciones y depuraciones de jurados y jueces legos.

d. El cambio de radicación o traslado de sede de la causa.

e. La impugnación del querellante o acusador privado.

f. El control de los actos de imputación.

g. La oposición a las medidas cautelares.

h. Las reclamaciones de acceso a las actuaciones o a la persona del imputado.

i. Solicitudes de nulidad de determinados actos procesales con probables pedimentos de reposición incluidos.

j. El control de licitud de la prueba de cargos y de la legalidad de su incorporación al proceso.

k. El control de los términos procesales y de los tiempos procesales.

B.- LAS POSTURAS O ESTRATEGIAS DE LA DEFENSA DE FONDO Y LOS PROBLEMAS DE SU ELECCIÓN

Las posturas o estrategias de defensa de fondo pueden ser agrupadas en dos grandes campos, de acuerdo con la posición que se adopte frente a la responsabilidad penal exigida. Cuando se niega toda responsabilidad penal, estaremos en presencia de estrategias o posturas de negación en la defensa penal de fondo, llamadas también tesis absolutorias. Por el contrario, si se acepta en alguna medida la responsabilidad penal, aunque sea parcialmente, y a despecho de que toda aceptación parcial de un enunciado constituye una negación parcial

de él, estaremos en presencia de una postura de aceptación en la defensa penal de fondo, también denominadas posturas de atenuación.

Ahora bien, tanto las posturas de negación, que son las netamente defensivas, como las de aceptación, que pueden llegar a la aceptación sin reservas de la responsabilidad penal, se dividen, a su vez, en un conjunto de posturas típicas, que a continuación pasamos a enumerar.

1.- *Posturas de negación de la responsabilidad penal*

a. La ruptura sustancial o negación de la legitimidad del régimen político imperante.
b. La ruptura formal o denuncia de conjura.
c. La negación simple.
d. La negación calificada.
e. La falta de tipicidad de los hechos imputados.
f. La insuficiencia de las pruebas.
g. La ilicitud de la prueba.
h. La duda razonable.
i. La inexistencia de los hechos imputados.
j. La afirmación de que no participó.
k. Las tesis de justificación (legítima defensa, excusa absolutoria, estado de necesidad, insania mental).
l. El descargo total en tercero presente o tesis de incompatibilidad.
m. El descargo total en tercero excluido.

2.- *Las posturas de aceptación de la responsabilidad penal*

Las posturas o tesis de aceptación de la responsabilidad penal son aquellas en las que el imputado admite su responsabilidad, de manera parcial o de forma total, pero alegando o invocando siempre algo en su favor, como regla general. Las principales tesis de aceptación son las siguientes:

- *La aceptación parcial y sus variantes:*

a. Reclamación de modificación *in bonus* de los hechos.
b. Reclamación de calificación más benigna.
c. Reclamación de exclusión de delitos en concurso.
d. Reclamación de apreciación de atenuantes.
e. Reclamación de exclusión de agravantes.
f. El descargo parcial en tercero presente o tesis de incompatibilidad parcial.
g. El descargo parcial en tercero excluido.

- *La aceptación total o vencimiento total y sus variantes*:

a. La simple solicitud de clemencia (*mercy claim*).
b. La "defensa" vil o antidefensa: "No hay leyes lo suficientemente severas para castigar a culpables como mi defendido".

7.- SINGULARIDAD O PLURALIDAD DE DEFENSORES

Finalmente, en este apretado recuento de los pormenores de la defensa en el sistema acusatorio, cabe destacar el problema del número de defensores a que puede tener derecho el acusado.

En algunos países, como Estados Unidos, la mayoría de las legislaciones no limita el número de abogados que pueden participar en la defensa de un acusado en un proceso dado. De hecho, en el sonado proceso de O. J. Simpson, vimos a este hacerse defender por cuatro de los más destacados abogados de Estados Unidos: uno para los alegatos iniciales y de cierre (Johnnie Cochran Jr.), otro para manejar a los testigos (Robert Shapiro), otro para confrontar a los investigadores sobre la escena del crimen (F. Lee Baily) y otro para confrontar a los expertos en las pruebas de ADN (Alan Dershowitz); un verdadero *dream team* de defensa, el mejor que se ha reunido en la historia de Estados Unidos. Hoy día la inmensa mayoría de las legislaciones admite la pluralidad de defensores, precisamente en el entendido de que la complementación de habilidades entre los letrados obra en favor del imputado y de la búsqueda de la verdad.

La legislación venezolana, como todas aquellas que siguen a la Ordenanza Procesal alemana (StpO), admite la posibilidad de que un imputado cuente con hasta tres abogados defensores, un defensor auxiliar que actúa de comodín, un consultor técnico y un auxiliar no

profesional. Ese es el caso de las nuevas legislaciones procesales de Chile, Paraguay y Bolivia, igualmente inspiradas en la pauta alemana y en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, elaborado por los profesores argentinos de origen alemán, JULIO MEYER y ALBERTO BINDER.

En general, hoy día se admite en todas partes la pluralidad de defensores, incluso sin limitación numérica, en el entendido de que ello es lo más conveniente a la justicia en general y no solo al imputado. Piénsese solamente que el sistema acusatorio y oral, por su inmediación inclemente, reclama mucho más la presencia de los abogados en las audiencias que el viejo sistema inquisitivo, mayormente escrito; lo que significa que si los imputados no tuvieran derecho a varios defensores, entonces algunos procesos se paralizarían cuando el abogado de un reo estuviera ocupado en las audiencia de otros procesos, a veces a muchos kilómetros de distancia.

A pesar de ello, todavía subsisten legislaciones, como la cubana (heredera de la LECrim española original), donde no solo se prohíbe la pluralidad de defensores para un acusado, sino que se obliga a todos los acusados que tienen posiciones procesales compatibles a tomar como defensor a un mismo abogado. Se dice que esto se hace por evidentes razones de economía procesal, y quizás tengan razón, pues menos abogados significan menos preguntas y menos discursos, pero no cabe duda de que ello puede menguar el derecho a la defensa, justamente porque habrá menos cabezas pensantes dándole taller al asunto.

CAPÍTULO XI
LA FASE PREPARATORIA EN EL PROCESO PENAL

1.- NECESIDAD DE LA FASE PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL. DIFERENCIA CON LOS PROCESOS DISPOSITIVOS

Muchas veces los abogados penalistas –y los no penalistas también– así como las personas que sin ser abogados o doctos en Derecho traban contacto con nuestra ciencia y, en particular, con el apasionante mundo de las formas procesales, se preguntan: ¿por qué el proceso penal está precedido siempre de una fase previa a la que unos llaman sumario, otros instrucción, otros investigación previa y otros fase preparatoria, en la que las personas imputadas deben soportar gravosas cargas?, ¿por qué el proceso penal no comienza, al igual que el proceso civil o el laboral, a partir de una demanda ventilada públicamente ante el órgano jurisdiccional?

Pues por más que os devanéis el cerebro buscando la respuesta a estas preguntas en el proceso penal mismo, como lo han hecho hasta hoy casi todos los grandes procesalistas a excepción del inconmensurable Carnelutti, no la hallaréis jamás, por la sencilla razón de que tal respuesta no está en la naturaleza del proceso, sino en la naturaleza del hecho sustantivo que le da vida: el delito, y más concretamente, si se nos fuerza a decirlo para beneplácito de los penalistas y criminólogos, en la naturaleza del elemento subjetivo del delito.

El problema consiste en que los procesos dispositivos, es decir, aquellos en los que prima el principio *nemo iudex sine actore* y que los jueces no pueden iniciar de oficio, y comienzan a partir de la demanda contradictoria, versan siempre sobre perturbaciones o conflictos en las relaciones sociales que son plenamente constatables en tiempo y espacio, incluso a nivel de innegable tangibilidad corpórea o de documentalidad pública y solemne.

Como fácilmente podemos comprobar con el solo examen de los expedientes o de los libros de radicación o de diario de los tribunales civiles, mercantiles, laborales, de familia, etc., en la inmensa mayoría de los asuntos allí debatidos, la pretensión deducida se funda en pruebas documentales preconstituidas, o sea existentes con anterioridad al proceso, tales como contratos autenticados, hipotecas, letras de cambio, pagarés, o emanan de situaciones incontrastables e indisponibles por la simple voluntad humana como las relaciones familiares o la propiedad de un inmueble respecto a las cargas comunes no satisfechas, o versan sobre situaciones de hecho permanentes y constatables, en las cuales las partes demandadas, lejos de hacer desaparecer esas situaciones, quieren perpetuarlas,

como es el caso del inquilino moroso o renuente, o del detentador de bienes comunes, etc. Por otro lado, la ausencia de consecuencia jurídica o sanción de carácter corporal en las relaciones jurídicas de carácter civil, mercantil o laboral, hace que los eventuales incumplidores de las obligaciones en esos órdenes no se extremen en ocultar, aun si pudieren, las pruebas y efectos de su incumplimiento.

Otra cosa bien distinta ocurre con el delito, el cual por su naturaleza intrínsecamente ilícita y por su conminación punitiva, tiene como condición inherente el afán de sus comisores para ocultar sus rastros y mucho más su autoría. En principio todo delincuente trata de que su acción delictiva pase inadvertida a fin de evitar el hecho mismo de la investigación criminal. Por esta razón el delincuente trata de borrar u ocultar las huellas materiales del delito, mediante acciones como el ocultamiento del cadáver, el enmascaramiento de estafas, hurtos, robos o malversaciones bajo actos simulados de apariencia legal, etc. Ahora bien, cuando el cuerpo del delito es evidente o se hace evidente, entonces el delincuente procura por todos los medios alejar de sí toda sospecha, a fin de que no se le relacione en modo alguno con el hecho criminoso. Es entonces que prepara coartadas, finge estados mentales perturbados u otros artilugios.

Estas actividades, características del delito como hecho social, son las que justifican la existencia de la fase preparatoria o sumario en el proceso penal, pues la incriminación o, más propiamente, la imputación de un delito a una persona tiene que estar precedida, en el orden lógico, de la comprobación de la certeza del hecho punible y de la participación del sospechoso o indiciado. Las deudas, la paternidad, la relación de empleo o el arrendamiento, son categorías lícitas y constituyen consecuencias del desarrollo normal y legal del orden jurídico y por ello pueden ser perfectamente verificadas *ex post facto* en el proceso a través de sus efectos también lícitos y tangibles. Sin embargo, el delito, por su carácter ilícito, resulta ser escurridizo y evasivo, por lo cual tiene que ser «fijado» en su existencia antes de ser imputado. Por tanto, la función de la fase preparatoria o sumario del proceso penal consiste en preparar la imputación y asegurar su posterior prueba. Y, dada la masividad y complejidad del fenómeno delictivo en la sociedad moderna, la investigación criminal y su colofón o consecuencia necesaria: la acción penal, no pueden ser facultad o prerrogativa exclusiva de los particulares, sino del Estado, en su carácter de garante del bien común.

2.- Fase preparatoria, sumario, investigación previa e instrucción. Ámbito teórico y práctico de estos conceptos

Uno de los problemas conceptuales más comunes que experimenta todo aquel que se ve obligado a tratar los términos designados para distinguir las diferentes fases del procedimiento penal, ya sea jurista, comunicador social, sociólogo o politólogo, es la confusión de los conceptos de fase preparatoria, sumario, investigación previa e instrucción.

La relación entre estos términos es obvia, e incluso sinonímica en algunos casos, por referirse todos a la fase o estadio del proceso penal que antecede y sirve de preparación al debate penal propiamente dicho, llamado juicio oral en el sistema acusatorio y plenario en el sistema inquisitivo.

Pues bien, los términos fase preparatoria y sumario son exactamente sinónimos y sirven para denominar al conjunto de diligencias o actos procesales que se inicia desde que se tiene noticia de la existencia de un delito y que se extiende hasta el momento en que se decide la presentación de la acusación formal contra el presunto autor de tal delito. La fase preparatoria o sumario comprende, pues, tanto los actos procesales de fijación de los elementos materiales del delito antes de que haya un imputado concreto, como los actos cumplidos para corroborar o desvirtuar la participación del imputado a los efectos de la acusación.

La investigación previa o también llamada encuesta previa, se circunscribe únicamente a la fijación de los indicios materiales de la comisión del hecho punible cuando el autor del mismo es aún desconocido. La investigación previa discurre siempre por dos líneas paralelas: *una de carácter procesal,* cuya función es la plasmación en actuaciones tangibles, preferentemente escrituradas, los elementos de convicción o evidencias relativas a la constatación del cuerpo del delito (reconocimiento de cadáveres, auditorías contables, inspecciones oculares, reconocimiento de víctimas, acopio de pruebas materiales, etc.) a los efectos de su posterior utilización contra potenciales imputados; y otra *de carácter meramente policial o criminalístico,* cuya función es conseguir al presunto autor o autores y demás partícipes del delito, mediante la aplicación de las reglas de la criminalística, la inteligencia policial y la investigación criminal. En consecuencia, la investigación previa se agota cuando se transforma en imputación, al existir personas concretas señaladas como autores o partícipes en el hecho investigado. La imputación, a su vez, se transforma en acusación y ésta, a su debido tiempo, debiera transformarse en sentencia firme condenatoria, porque, de no ser así, tendrá que seguirse investigando, dejándose, en consecuencia, abierta la averiguación hasta que la prescripción y el desuetudo digan su última palabra. Por esta razón se podrá comprender, por qué no se puede hablar de casos resueltos «policialmente», ya que de ser esto posible, el mero señalamiento de una persona por la policía como responsable de un delito, marcaría el fin del proceso penal y ya sabemos que eso no es legalmente admisible en ningún país del mundo, ni siquiera en ciertos países islámicos como Irán, Afganistán y Arabia Saudita o como la República Popular China, que detentan los sistemas de enjuiciamiento penal más atrasados del mundo.

El término *instrucción,* por su parte, tiene dos acepciones usuales. Por una parte, se denomina *instruir*, a la actividad que consiste en plasmar el resultado de las diligencias de investigación en las actuaciones y, en tal caso, se habla de *instruir el expediente*, dándole al término una connotación objetiva e impersonal. Sin embargo, también se usa el vocablo *instrucción* para designar el conjunto de actos procesales que se desarrollan a partir del momento en que existe un imputado concreto y se le hace conocer el contenido de la imputación, bien detenido o en libertad y tenga o no designado

defensor, y se extiende hasta el momento de formulación de la acusación. Si bien hay tratadistas como Florian o Leone que, siguiendo la sistemática del *Codice Processuale Penale* de 1930, establecen un signo de igualdad entre sumario, instrucción y fase preparatoria, y a pesar del hecho de que puede perfectamente aceptarse que se instruye el expediente o la causa, preferimos llamar «instrucción» a la actividad de la fase preparatoria desde que hay imputados concretos, pues es desde entonces que hay causa que instruir, pues sin imputados no hay causa penal, sino meras diligencias de investigación.

Por tanto, la fase preparatoria o sumario, en nuestra opinión, comprende generalmente dos momentos: uno que es la investigación previa, que va desde la aparición de las noticias del delito o desde la denuncia sin incriminación de personas, hasta el primer acto incriminatorio y una segunda parte, que es la instrucción propiamente dicha, que arranca con la instructiva de cargo y la indagatoria. Sin embargo, en los delitos en grado de flagrancia no hay investigación previa, ya que el procedimiento comienza bien con la aprehensión del imputado *in fraganti* o por una confesión espontánea de éste que desata el procedimiento.

3.- CORRELACIÓN ENTRE LA FASE PREPARATORIA Y LA IMPUTACIÓN

No pasará seguramente inadvertido para el lector, el hecho de que este punto ya ha sido, en parte, explanado en un epígrafe precedente, pero comoquiera que el asunto no fue explicado desde la perspectiva de fase preparatoria, sino desde la perspectiva de la acusación, ahora haremos el recorrido conceptual inverso, a fin de exponer la importancia que tiene la fase preparatoria para la imputación y su desarrollo.

El asunto es sumamente sencillo. La fase preparatoria existe por y para la imputación. La investigación previa tiene como función determinar quién puede ser el imputado, en tanto que la fase preparatoria se encargará de corroborar si efectivamente puede serlo válidamente. En caso contrario desaparecerá la imputación de la persona concreta, como ya dije, y habrá que continuar la investigación hasta encontrar otro potencial imputado, hasta que el Señor, la prescripción o las facultades cognoscitivas del ser humano, limitadas de por sí en lo individual pero infinitas en el género, dispongan lo conducente.

Quizás este problema no fuera tan espinoso a no ser por el hecho de que las veleidades humanas nos llevan a no conformarnos con resultados negativos, por lo cual, y ante la presión social y las ambiciones personales, sucumbimos frecuentemente en la tentación de encontrar culpables a como dé lugar, y de ahí que ello sea fuente de tantas injusticias. Quizás el mérito del sistema acusatorio en este punto consista precisamente en proveer un procedimiento penal más garantista, en el cual la detención de una persona y su imputación tenga que estar avalada por varios sujetos

procesales: policías, fiscales y jueces, todos a una, y no simplemente dependiendo de uno solo de ellos.

Justamente sobre este punto debemos recordar, que la justicia penal en la extinta Unión Soviética, que se autoproclamaba acertada y justa, decía regirse por dos principios fundamentales sumamente contradictorios: a) que no quedara crimen sin castigo; y b) que no se condenara jamás a un inocente. Estos principios, como lo señalara certeramente el profesor Vladimir Kogan, eran contrapuestos porque el afán de que no quedara crimen sin castigo llevaba muchas veces al castigo de inocentes, y si algunos países de justicia alegre se caracterizan por grandes escándalos de impunidad, la antigua URSS se caracterizaba por bochornosas condenas a personas inocentes, y no precisamente en el campo de los delitos políticos, donde los regímenes comunistas se llevaron todas las palmas, sino en delitos comunes ordinarios.

4.- FUNCIONES DE LA FASE PREPARATORIA

En el curso de la presente exposición, y particularmente al referirnos al porqué de la existencia de la fase preparatoria como rasgo distintivo del proceso penal, dijimos que la razón de aquélla es la fijación del hecho que sería luego objeto del debate penal, o dicho en términos carneluttianos, la función de la fase preparatoria es la determinación de los elementos de la relación jurídico-penal sustantiva que trasciende al proceso.

En este sentido, la ciencia procesal ha establecido como verdad incontrovertible que semejante determinación se circunscribe necesariamente a dos aspectos:

a.- La determinación de la existencia o no de delito; y

b.- El establecimiento de elementos de convicción sobre la participación o no de las personas que se suponen autoras o partícipes de ese delito.

El asunto es claro: para que haya proceso penal es menester que exista un hecho punible que perseguir y que existan personas sindicadas de haberlo cometido, es decir, los imputados.

Ahora bien, si el primer requisito para la existencia de un proceso penal es la existencia de un delito, de allí se deduce que la primera comprobación que se debe acometer en la fase preparatoria es, justamente, aquella destinada a establecer tanto la existencia del hecho que se dice delictuoso como su real carácter de delito. En este particular, las cosas no son tan simples como la imaginación del común pudiera sugerir, pues de ordinario imaginamos el inicio de una investigación criminal a partir de la aparición de un cadáver en condiciones que difícilmente pueda tratarse de un suicidio o de una puerta de un comercio violentada, etc. En casos como éstos, el carácter delictivo del hecho que origina la investigación es notorio y no necesita ulterior probanza. Pero no siempre el hecho denunciado es constitutivo de delito y, en ocasiones, ni siquiera existe tal hecho. Otras veces, incluso, el hecho con evidencias aparentes de ser constitutivo de un tipo de delito, es en realidad constitutivo

de otro delito que sus autores pretenden esconder bajo aquella apariencia, como son las diversas modalidades de la simulación de hechos punibles.

Por estas razones, un buen investigador, un buen conductor de la fase preparatoria no debe olvidar este orden lógico de proceder, esta especie de ABC o llave de la investigación penal que debe resolver las tres interrogantes básicas, respecto a la determinación del hecho denunciado y que son: 1) ¿existió realmente el hecho denunciado?, 2) de existir éste ¿es realmente constitutivo de delito?, ¿es un hecho típico, antijurídico y culpable?, y 3) ¿es real o simulado? Esta última pregunta, según algunos teóricos como Erich Döhring y Jürgen Thorwald[132], puede ser perfectamente subsumida en la primera.

Creo que es evidente, en el orden lógico y cronológico, que antes de que un hecho pueda ser penalmente imputado, deben ser resueltas plenamente las interrogantes antes señaladas. Al menos esto es lo que debe ocurrir en un sistema de investigación y represión penal sano y coherente, inserto en un sólido Estado de derecho. Pero sabemos que ello, lejos de ser la regla, es más bien la excepción, pues policías, fiscales y jueces de todo el mundo caen frecuentemente en la tentación de ordenar la detención de personas por la mera denuncia, olvidando que el sistema acusatorio está hecho con la finalidad de averiguar para detener y no de detener para averiguar. Una vez que se ha determinado la existencia real del hecho denunciado y su carácter delictual, es necesario establecer la participación de las personas en el hecho, a fin de echar las bases de la imputación.

Es necesario hacer notar, una vez más, que estas determinaciones tienen que obedecer a una estricta observancia de las reglas de la criminalística, a fin de poder establecer aquello que los teóricos de la investigación criminal denominan el *anclaje indiciario,* es decir, un conjunto de elementos de convicción que relacionen a una persona determinada con el hecho delictivo, a fin de poderla incriminar y, en consecuencia, ordenar su procesamiento, ya sea detenida o en libertad.

Muchos se preguntarán a esta altura: si en la fase preparatoria del sistema acusatorio priva el principio de contradictoriedad y el enfoque garantista, ¿por qué no tomar como buenos los resultados obtenidos en esta fase, a los fines de la determinación directa de la responsabilidad criminal y desechar definitivamente el juicio oral, con el consiguiente ahorro que ello implica? La respuesta a tal interrogante es la siguiente:

Quizá, en un futuro todavía lejano, se pueda llegar a eso, pero hoy todavía debe mantenerse la dicotomía del proceso penal en sus fases: preparatoria y juicio oral, atendiendo fundamentalmente al hecho de que la publicidad de la fase preparatoria en la actualidad no puede ser *erga omnes* y por tanto, es en el juicio oral donde existen las mayores garantías de transparencia para el verdadero debate penal. Por esta razón es que a las diligencias encaminadas a comprobar la fehaciencia del

---

[132].- DÖHRIN, ERIC. *La Prueba su Practica y Apreciación o la investigación del estado de los hechos en el Proceso*, Valleta, Buenos Aires, 2003. THORWALD, JÜRGEN. *El siglo de la investigación criminal*. Ediciones R, La Habana 1973.

delito y de la participación, no se les denomina verdaderamente como «pruebas», sino como meros indicadores o elementos de convicción, y por ello también es todavía hoy un principio sentado del acusatorio, el que las únicas pruebas válidas a los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso penal son aquellas que se practiquen o evacuen en el juicio oral.

5.- ESQUEMA GENERAL DE DESARROLLO DE LA FASE PREPARATORIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

La fase preparatoria se inicia, en principio y de conformidad con el principio de oficialidad, de tres maneras posibles:

a. por constatación de oficio de un hecho con caracteres de delito;
b. por denuncia de un particular; y
c. por flagrancia o hecho *in fraganti*.

En los ordenamientos procesales que reconocen, aun cuando de manera limitada, la vindicta privada, la fase preparatoria puede comenzar por querella de la víctima o parte agraviada o de un tercero ajeno a la relación jurídico sustantiva penal o acusador popular

La constatación de oficio tiene lugar cuando las autoridades encargadas de la persecución del delito, sean policías, fiscales o jueces, de acuerdo al sistema legal de que se trate, detectan *motu proprio* y por sus propios medios, uno o varios hechos que pudieran revestir caracteres de delito, es decir se consiguen de pronto con la noticia del delito (*notitia criminis)*. En este caso, hay que diferenciar sus modalidades, que son: la *constatación receptiva* y la *constatación súbita*. La primera se refiere al hallazgo de los signos delictivos como producto de la actividad consciente de los órganos de investigación criminal, fundamentalmente del trabajo operativo secreto o de inteligencia policial, es decir, eso que los policías suelen denominar «hacer un seguimiento » a ciertos hechos o personas. La segunda, como su nombre lo indica, ocurre cuando las autoridades se dan de bruces con el hecho presuntamente delictuoso. Éste es el caso, por ejemplo, de los vigilantes del tránsito terrestre, que al acudir al lugar del volcamiento de un vehículo, consiguen estupefacientes en el lugar del hecho, o aquel socorrido caso del funcionario que ordena abrir una investigación criminal porque al leer la prensa del día, se entera de que el adjunto del Director de Aduanas, por resentimiento hacia su jefe que le ha despedido, le señala como protector de determinados contrabandistas, o el muy común caso del esposo que tras ultimar a su esposa en un arrebato de celos, se entrega a las autoridades y confiesa su crimen.

Hay algunos autores, que sostienen que estas constataciones representan una modalidad de denuncia, pero ello no es cierto, ya que la denuncia, por definición y como veremos a continuación, es un acto procesal que sirve de medio de enlace entre los particulares y las autoridades a los efectos

de la transmisión de la sospecha de delito, en tanto que, en los casos donde la autoridad actúa directamente tras el indicio, no existe tal transmisión, sino constatación directa como se ha dicho.

La denuncia, en cambio, es la forma más importante de excitación del aparato estatal de represión del delito, no solo por su incidencia numérica mayoritaria en el universo procesal penal, sino por su importancia política y social. Carnelutti[75] lo explica a partir de que, siendo la sospecha de existencia de delito el germen del proceso penal, y siendo limitadas las posibilidades de las autoridades de acceder directamente al conocimiento de la inmensa mayoría de los delitos en razón de no ser omnipresentes, es necesaria entonces la denuncia del particular como vehículo de enlace entre la ocurrencia del hecho y el conocimiento de las autoridades. Pero la cosa no para allí, nos explica el esclarecido pensador italiano, por cuanto la denuncia de los particulares, para que sea realmente efectiva a los fines de salvaguardar el orden público y la paz social, tiene que ser obligatoria y de ahí que la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídico-penales del mundo establezcan el deber de denunciar y sancionen su omisión con penas más o menos severas, excusando solo de este deber a los ciudadanos en situaciones donde pueda verse comprometida una parte muy íntima de su esfera personal, familiar o profesional, como es el caso de la excusa de denunciar familiares cercanos, o de revelar secretos obtenidos por razones profesionales (como el secreto de confesión respecto a los sacerdotes, la protección de la fuente de información por los periodistas, del secreto confiado al abogado defensor o al médico tratante). La importancia política del deber de denunciar es tan grande que muchos regímenes dictatoriales y totalitarios han llegado a eliminar las excusas del deber de denunciar en el caso de los delitos políticos, convirtiendo a hijos en delatores de sus padres, a hermanos en delatores de hermanos y a esposas en delatoras de sus esposos, a fin de garantizar la persecución de sus adversarios y críticos.[76]

Respecto a la denuncia hay que establecer una observación que es fundamental para todo proceso penal. Me refiero a la diferencia entre denuncia y acusación.

Ya hemos visto que la denuncia es solo un modo de dar inicio a la fase preparatoria y por tanto, en los casos donde existe, la denuncia es un elemento previo y proformador de la imputación, primero, y de la acusación, después. Pero habida cuenta de que el proceso penal se puede iniciar por otros medios distintos de la denuncia (*de oficio* o por flagrancia), es visto concluir que la denuncia no es un requisito indispensable del proceso penal.

La denuncia es la comunicación hecha por un particular a la autoridad competente de un hecho que a su juicio reviste caracteres de delito, pero ello no se le puede equiparar a la acusación, porque la acusación es la actividad que desarrolla el titular de la acción penal, consistente en atribuir un hecho punible a una persona, con la consiguiente formulación de una pretensión punitiva, por ante el órgano jurisdiccional competente, una vez que se ha comprobado *prima facie* la certeza del delito y de la participación del acusado. La denuncia precede a la fase preparatoria o sumario, cuya función

es justamente comprobar lo denunciado, en tanto que la acusación es uno de los posibles resultados finales de la fase preparatoria (los otros son el sobreseimiento y el archivo de las actuaciones).

Las denuncias pueden clasificarse de la siguiente manera:

a.- denuncias simplemente objetivas, que son aquellas donde el denunciante relata solo hechos pero sin atribuirlos a ninguna persona concreta;

b.- denuncias de carga subjetiva, en las cuales el denunciante atribuye el hecho denunciado a una persona concreta, identificada o identificable.

La flagrancia es la forma de inicio del proceso penal y, por ende, de la fase preparatoria, que tiene lugar cuando una o varias personas son sorprendidas en plena comisión de un hecho con *evidentes* caracteres de delito, ya sea por las autoridades o por simples particulares. Es necesario aclarar que en algunas leyes procesales penales, la flagrancia no es una forma de inicio de la fase preparatoria, sino de un procedimiento especial que elude precisamente esa fase.

La flagrancia se diferencia de la *constatación súbita* en que esta última tiene un carácter eminentemente objetivo, es decir, es la constatación de un hecho del que se desconocen los autores y cuya delictuosidad final debe ser comprobada, en tanto que la flagrancia es eminentemente subjetiva, ya que se trata de sorprender a personas determinadas en la comisión de un hecho con evidentes caracteres de delito. Por tanto, la flagrancia tiene tres rasgos específicos: La aprehensión de personas; la inmediatez entre esa aprehensión y la comision del hecho delictivo y la evidente delictuosidad del hecho en cuestión.

Los diversos ordenamientos procesales suelen dar a la flagrancia un tratamiento especial en dos aspectos:

Primero: las personas sorprendidas en flagrante delito, o como se suele decir en lenguaje vernáculo «con las manos en la masa», pueden ser detenidas, incluso por particulares, sin el cumplimiento de las formalidades legales ordinarias que regulan la detención. Esto es lógico, porque tales formalidades están concebidas sobre la base de que hay que probar los indicios que relacionan a quien se pretende detener con el hecho que se le atribuye, y si alguien es sorprendido *in fraganti*, entonces esa relación está de manifiesto en el mismo acto de la flagrancia.

Es necesario aclarar que a los efectos de la flagrancia, la posibilidad de la detención se extiende no solo al momento de la comisión del delito, sino también al momento inmediato de irlo a cometer y al momento posterior a la comisión o tentativa de comisión, cuando el presunto delincuente trate de escapar o sea perseguido hasta su escondite. También debo aclarar que cuando la aprehensión del sujeto sorprendido *in fraganti* se realice por particulares, éstos deben entregarlo inmediatamente a las autoridades competentes so pena, en caso contrario, de incurrir los particulares aprehensores en delito de privación ilícita de libertad. Menos aún podrán los particulares, a menos que la ley o circunstancias de extrema disolución de la autoridad del Estado lo justifiquen, proceder a linchar al aprehendido, pues serían reos de un delito de homicidio.

Segundo: la flagrancia permite un juzgamiento inmediato, que en la práctica elimina la fase preparatoria, pues la aprehensión *in fraganti* proporciona todos los elementos del caso «en caliente» (la evidencia material, los testigos presenciales, etc.), por lo cual, una vez comprobada la flagrancia, se puede pasar al juicio oral, luego de una fase preparatoria abreviada o prescindiendo absolutamente de ella, que es lo que ocurre allí donde están establecidos procedimientos especiales por flagarncia.

Desde un punto de vista estrictamente voluntario, la fase preparatoria puede iniciarse por: a) querella de quien se considere agraviado; y b) solicitud de alguna persona a quien se haya atribuido pública y extraprocesalmente la comisión de un hecho punible y pida ser investigado ("autodenuncia").

La querella es una acusación formal, que se presenta ante un juez, bien por parte de la persona agraviada o victimada por el delito o por un tercero que actúe como acusador popular.

La querella es una acusación, o cuando menos una denuncia calificada, y no una simple denuncia, por dos razones fundamentales: una, porque proviene no de un tercero cualquiera sino de un sujeto legitimado para perseguir (salvo en los casos de acción popular) y, dos, porque debe satisfacer los requisitos acusatorios en cuanto a que debe contener una descripción del hecho imputado, su calificación jurídica, una propuesta probatoria y una pretensión punitiva. Por estas razones la querella siempre debe ser presentada ante un juez, del cual dependerá su calificación, de oficio o a instancia de parte, en tanto que la denuncia puede ser presentada ante policías y fiscales.

Cuando la querella intentada en un procedimiento por delito de acción pública es desestimada se produce un fenómeno denominado la degradación de la querella, la cual se convierte en una mera denuncia calificada. En este caso el querellante se entiende desistido como tal, pero la averiguación debe continuar.

La solicitud de persona públicamente imputada, también conocida como "autodenuncia", es la solicitud que puede realizar ante las autoridades de investigación, aquel a quien se ha señalado, de manera pública, como autor o partícipe de un delito, a fin de que se esclarezcan los hechos y se le exculpe. Esta solicitud solo será causa de inicio del proceso, cuando los hechos hayan sido imputados al solicitante de manera extraoficial o extraprocesal, bien sea por particulares o por funcionarios públicos.

Una vez que las autoridades han tomado conocimiento por cualquier vía, de un hecho que pareciera revestir los caracteres de delito, la fase preparatoria debe continuar hasta la comprobación de la fehaciencia del hecho y de su carácter delictual, así como de su autoría. A este fin están encaminadas las diversas acciones que informan la fase preparatoria, tales como las inspecciones oculares de personas o cosas, los registros y visitas domiciliarias, los reconocimientos de personas, ocupaciones de bienes, las experticias de toda índole, los interrogatorios de imputados (si se prestare a ello) y de testigos, así como las acciones de reconstrucción del hecho y de los experimentos de instrucción que tienen por finalidad la reproducción de las condiciones en que pudieron ocurrir los

hechos investigados a fin de corroborar tal o cual hipótesis. Es claro que en estas diligencias podrá participar el imputado, si ya lo hubiere, y su defensor o defensores, de manera tal que, en el curso de las investigaciones se confirmará o desechará la imputación.

El número y variedad de las diligencias dependerá siempre de la naturaleza del hecho investigado, de la sagacidad de quienes dirijan la investigación y de la actividad que desplieguen el propio acusado y su defensor, así como la víctima y los perjudicados, allí donde la ley les permite actuar en esta fase del proceso.

A partir de que existan personas concretas señaladas como posibles autores del delito investigado, la fase preparatoria entre, respecto de estas personas, en su etapa de *instrucción*, la cual comienza cuando la persona o personas sindicadas son detenidas o citadas para imponerles de qué se les acusa y darles la oportunidad de declarar lo que convenga a sus derechos. Recuérdese que en el sistema acusatorio no debe hablarse de hacer declarar al acusado ni pretender que tal declaración sea un requisito *sine qua non* del proceso, pues ello es francamente inconstitucional y contrario al caudal normativo internacional en materia de derechos humanos.

La *instructiva de cargos* no es otra cosa que la imposición al imputado por primera vez de lo que se le acusa, dándole la oportunidad de expresar todo cuanto convenga a su derecho *(indagatoria)*, con la opción de guardar silencio si lo desea. La instructiva de *cargos* no debe confundirse con la lectura de cargos o formulación de la acusación en los sistemas inquisitivos, pues esta última es posterior al sumario, en tanto que la primera es el acto procesal que da inicio a la instrucción.

A partir de la instructiva de cargos, el acusado tendrá derecho a hacer cuantas declaraciones desee y si decidiere alegar alguna coartada u otra circunstancia a su favor, el funcionario a cargo de la instrucción deberá realizar las diligencias pertinentes para comprobar el dicho del acusado, y su abogado se encargará de coadyuvar a que así sea, e incluso deberá ejercer los recursos y protestas que sean procedentes por la inejecución de tales diligencias. De igual manera deberá procederse con las solicitudes de la víctima y los perjudicados, a menos que éstas fueren manifiestamente improcedentes, en cuyo caso el funcionario instructor deberá dejar razonada constancia de su negativa en las actuaciones.

La fase preparatoria debe terminar cuando, a juicio de la autoridad o funcionario que ostente su dirección, se hayan realizado todas las diligencias encaminadas a probar la existencia del delito y determinación de los autores, o cuando, por el contrario, de la investigación haya resultado que el hecho enunciado es inexistente o no puede ser probado, o que el hecho, siendo real y probable, no es constitutivo de delito, o que el inculpado resulte manifiestamente inocente, o no pueda ser procesado por razón de excusa absolutoria, causa de justificación o causal de inculpabilidad, o que no pueda ser probada su participación. En el primer caso, la causa derivará en acusación y en el consiguiente tránsito al juicio oral; y en el segundo caso en sobreseimiento y consiguientemente en la extinción

del proceso, siempre y cuando imperen la razón y el sentido común que, desgraciadamente, es el menos común de los sentidos.

Dentro de la sustanciación de la fase preparatoria se produce una situación procesal que no corresponde exactamente al cometido o función de esta etapa procesal, pero que es una consecuencia casi ineludible de ella, me refiero al *aseguramiento del imputado,* es decir, la decisión de qué hacer con la persona sindicada una vez que se la ha detenido, en cuanto a las medidas cautelares que deban adoptarse.

La institución del aseguramiento del imputado ha recorrido un largo camino en el proceso penal, que puede resumirse en cuatro grandes fases, desde la antigüedad hasta hoy:

a.- Fase inicial, caracterizada por el primado del sistema acusatorio, aplicable a los hombres libres, preferentemente de clase alta, donde solo se aseguraba a los reos durante la sustanciación del proceso, en los casos de delitos gravísimos, como magnicidio, parricidio y otras formas agravadas de homicidio;

b.- Fase objetiva absoluta, caracterizada por la prevalencia del sistema inquisitivo puro, donde todo el que resultara acusado de cualquier delito (objeto absoluto) era encarcelado preventivamente, con independencia de sus circunstancias personales (lo subjetivo), pues la condición de procesado equivalía a una presunción de culpabilidad;

c.- Fase objetiva atenuada, propia de los sistemas mixtos con tendencias acusatorias, en los cuales la prisión preventiva se aplica obligatoriamente, por el principio objetivo, solo a los acusados de ciertos delitos (generalmente los que merecen pena corporal), sin tener en cuenta las circunstancias personales del reo.

d.- Fase objetivo-subjetiva, propia de los ordenamientos procesales acusatorios más modernos, en los cuales para la imposición de la medida cautelar no solo se toma en cuenta lo objetivo, es decir, el delito imputado y sus características, sino también lo subjetivo, o sea las cualidades y condiciones personales del imputado y las circunstancias particulares de la comisión del hecho, como la posibilidad de que se haya obrado en legítima defensa o en estado de necesidad, por ejemplo.

En los sistemas acusatorios modernos, tanto la detención del imputado como su aseguramiento, no pueden decretarse de suyo y de manera definitiva por la autoridad que dirige la instrucción, sino que tales actividades están sometidas a un control previo por parte de la autoridad judicial, ya se trate del propio tribunal de posterior conocimiento, como es en Cuba, España, Francia, Rusia o Italia, o de jueces cuya única función es controlar estas actividades, como es el caso de los sistemas anglosajón, alemán o escandinavo. Es precisamente la autoridad judicial quien debe decidir sobre la procedencia o no de la detención y de las medidas cautelares solicitadas para el acusado, tanto por los acusadores como por sus defensores. Esto se concibe en esos términos, por cuanto la detención preventiva es una derogación singular, o sea con respecto a una persona concreta, del

principio general de libertad. Debo decir que la detención de una persona como resultado de la investigación, una vez autorizada por la autoridad judicial, puede realizarse mediante su búsqueda, arresto y conducción a la sede del órgano investigador o mediante su citación a dicha sede para dejarlo detenido.

Finalmente debo decir que el juzgamiento en libertad absoluta, esto es, donde el imputado no es sometido a ningún tipo de medida cautelar, ni detentiva (prisión provisional o reclusión domiciliaria) ni no detentiva (fianza, sometimiento a juicio, libertad *apud acta* o fianza moral), es perfectamente posible en el sistema acusatorio, e incluso deseable, sobre todo cuando los delitos investigados sean menos graves o leves, o no revistan gran peligrosidad, o sean de acción privada, o cuando la investigación carezca de sustento y el investigador sospeche que pueda terminar en sobreseimiento o absolución. Con ello se contribuye decisivamente a aliviar el problema de la superpoblación carcelaria.

Es bueno pensar en estas cosas en términos concretos para poder entender, de una vez por todas, que en el sistema acusatorio el juzgamiento en libertad es la regla y la prisión provisional la excepción y que, incluso en casos de homicidio, no debe decretarse la prisión provisional de manera automática, sino en los casos de gran repercusión, o cuando haya real peligro de que el imputado pudiera evadir la acción de la justicia, o cuando se tratare de un reincidente y siempre que no existan fundadas evidencias de que pudo existir legítima defensa, porque solo en el marco del sistema inquisitivo podemos entender la consideración de que la legítima defensa haya que probarla en el plenario.

6.- PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES AVANZADOS EN LA FASE PREPARATORIA

Ya con anterioridad nos referimos a la prevalencia del importantísimo principio de contradictoriedad a lo largo de todo el proceso penal regido por las pautas del sistema acusatorio y, por ende, también en la fase preparatoria. Sin embargo, éste no es el único de los principios democráticos y garantistas que se pone de manifiesto en la fase preparatoria del proceso penal acusatorio.

Un buen ejemplo de lo que decimos es el principio de publicidad, entendido, como ya también hemos aclarado, como publicidad ínter-partes, es decir, acceso pleno del imputado y sus defensores a todas las actuaciones y diligencias del sumario. Sin este requisito no existiría la presencia de la contradicción en la fase preparatoria, pues si no se permite al acusado y a sus defensores hacer alegaciones, solicitar la práctica de diligencias y asistir a todos los actos procesales de su interés, pues mal podrán contrarrestar la actuación de los agentes de la imputación, o sea, los denunciantes, el investigador, la víctima, la policía, etcétera.

Igualmente, en la fase preparatoria debe observarse, en cuanto sea posible, el principio de preclusión, pero su aplicación no puede ser absoluta, como en otras fases del proceso (intermedia y juicio oral), porque las mismas necesidades de la investigación e incluso la observancia de los derechos del acusado y de las víctimas sugiere la posibilidad de ir atrás para repetir acciones, reinterrogar testigos y confrontar experticias. Baste recordar que el imputado tiene derecho a hacer cuantas declaraciones quiera en la fase preparatoria. En todo caso la aplicación de la preclusión al sumario vendrá dada, en última instancia, por la fijación por el legislador de un término máximo de duración de la fase preparatoria, cuya inobservancia por el órgano instructor puede incluso acarrear el sobreseimiento de la causa y la extinción de las medidas preventivas personales y patrimoniales adoptadas contra el imputado.

Sin embargo, otros principios generales del sistema acusatorio tales como los principios de concentración e inmediación, claves para el juicio oral son de imposible aplicación en la fase preparatoria dada la naturaleza separada y documentada de las actuaciones que allí se cumplen. Lo mismo ocurre con el principio de publicidad *erga omnes*, ya que, mientras no maduren ciertas cosas en las sociedades humanas, el desarrollo de la fase preparatoria deberá seguir teniendo un carácter reservado para el público, siendo incluso inadmisible que los departamentos de prensa o relaciones públicas de los órganos de policía proclamen que un caso ha sido resuelto porque se haya producido la detención de determinada persona, o lo que es más grave aun, que los medios de prensa den a esa persona como culpable del hecho, con todo lo cual se vulnera, de manera grosera, el principio de presunción de inocencia.

7.- CLASIFICACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN ATENDIENDO AL ÓRGANO QUE LA DIRIGE: INSTRUCCIÓN JUDICIAL, INSTRUCCIÓN FISCAL E INSTRUCCIÓN POLICIAL

Como ya se ha explicado, por razones de formación histórica, no existe uniformidad en los países que aplican las reglas del proceso acusatorio a su ordenamiento procesal penal en lo que se refiere a la fase preparatoria del juicio oral y a los sujetos que deben dirigirla.

Universalmente existen tres tipos de sujetos que se disputan la dirección de la fase preparatoria y el control de las diligencias que en ella se verifican: los jueces, los fiscales y los policías.

Los jueces participan en el control de la fase preparatoria bien como jueces de instrucción, en el sentido clásico francés a que aludimos antes, o como jueces de procesamiento, garantías, o de audiencia preliminar, al estilo norteamericano o alemán. En el primer caso, el juez de instrucción, que no es verdaderamente un juez (con el perdón de Haoriou), sino un investigador cualificado *(sledobatel),* como prefieren llamarlo los rusos, tiene como función dirigir el proceso de acopio de las evidencias, la toma de declaración informativa y la imposición de cargos y recepción de descargos,

para finalmente concluir si hay elementos de convicción suficientes para considerar la existencia de un hecho punible y de responsabilidades penales de personas concretas. A eso se reduce la función de los jueces de instrucción, que, dicho sea de paso, en países como Francia y España constituyen una casta o estamento especial del Poder Judicial con su propia carrera judicial, independiente del escalafón de la carrera de los jueces de conocimiento y decisión. Los jueces alemanes y norteamericanos no tienen participación directa en la instrucción del proceso, la cual está a cargo de la policía bajo la dirección de los fiscales, y su papel se limita al control de la legalidad de la obtención de la evidencia, al aseguramiento de los derechos del imputado, a la determinación de su situación provisional y a la decisión de si hay razones o no para ir a juicio oral o si, por el contrario, se debe sobreseer o suspender condicionalmente el curso del proceso.

Los fiscales juegan un papel esencial en los sistemas de corte anglosajón y germánico, pues, en tanto titulares principales de la acción penal, son los sujetos idóneos para dirigir los procedimientos encaminados a obtener la evidencia, detener personas y fundamentar la acusación.

Por su parte, en algunos países, como casi todos aquellos que padecieron o padecen regímenes marxistas, y otros más atrasados aun, como regímenes islámicos o confesionales, la instrucción se realiza absolutamente de forma policial. Allí, los órganos de policía determinan a quién se debe detener, cuándo y cómo, a quién tener por testigo y cómo realizar las experticias.[78] Este sistema es sencillamente fatal, porque los llamados sumariadores o instructores policiales, aun cuando fueren abogados muy instruidos, se deben a un mando policial cuyo espíritu de cuerpo sugiere la necesidad de encontrar culpables a ultranza, lo cual siempre conduce a la violación del principio de presunción de inocencia como presupuesto fundamental del procedimiento penal. El artículo 2º del Código Procesal Penal de la Federación Rusa de 1961 (UPK), aprobado bajo la era soviética, y que preveía la instrucción policial, establecía que uno de los principios esenciales de la justicia penal soviética era «que no quedase crimen sin castigo», lo cual como declaración de buenas intenciones estaba bien, pero como principio de trabajo es pésimo, pues la búsqueda a ultranza de culpables puede resultar desastrosa, como de hecho ocurrió.

Respecto al carácter nocivo de la instrucción policial que rigió en Venezuela a partir de la Reforma realizada en 1962 al Código de Enjuiciamiento Criminal de 1926, la Exposición de Motivos del COPP de 1998 establecía que:

> El proceso penal venezolano, mixto en su origen, se fue pervirtiendo (de instrucción judicial a instrucción policial y posibilidad de valorar como prueba los datos adquiridos en el sumario) hasta convertirse en un proceso inquisitivo casi puro. El sumario, que era una fase preparatoria del juicio plenario, pasó a ser la fase principal; donde la policía es la que elabora el expediente, detiene al "presunto" autor del delito y, por añadidura, violando expresas disposiciones legales, lo condena públicamente a través de los medios de comunicación; y el

plenario, privado de todo cometido sustancial, se transformó en un ritual sin sentido: hoy el proceso penal termina, materialmente, con el auto de detención.

Si existe alguna tarea urgente para devolver a la justicia penal su sentido democrático, ha de ser la de privar de esas facultades instructoras a la policía, que debido a una degeneración del proceso penal se ha convertido en su actor fundamental. Los jueces no pasan de ser los realizadores de sus designios, lo cual ha hecho escribir a Raúl Eugenio Zaffaroni que tal situación "degrada al Poder Judicial republicano a mero auxiliar del Poder Ejecutivo" representado por los órganos policiales. Los jueces en Venezuela, bajo el CEC se convirtieron, sin duda alguna, en auxiliares de las policías.

CAPÍTULO XII
LA FASE INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL

1.- CONCEPTO DE FASE INTERMEDIA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. EXTENSIÓN Y CONTENIDO

Los procesos penales regidos por las pautas del sistema acusatorio tienen como una de sus características fundamentales, una clara diferenciación entre sus diversas fases y sub-fases. Así, dentro de la fase preparatoria, cuyas características y funciones ya hemos explicado, se distinguen dos etapas o sub-fases claramente diferenciadas: la investigación previa y la instrucción, separadas, como ya sabemos, por la determinación de la persona del imputado (instructiva de cargos). Recuérdese que en el sistema acusatorio, que se basa en el respeto irrestricto a los principios de la libertad como regla y de la presunción de inocencia, no puede detenerse a las personas bajo las figuras de «sospechoso» o «indiciado», pues una vez que alguien es detenido ya hay proceso penal respecto de esa persona, y dicho proceso tiene que terminar, o con una sentencia firme, absolutoria o condenatoria, o con un sobreseimiento libre (que equivale a una absolutoria), pues en el sistema acusatorio no cabe esa forma de absolución de la instancia, tan común en el sistema inquisitivo, que consiste en la suspensión del curso del proceso, la liberación de las personas detenidas sin precisiones sobre culpabilidad o inocencia y todo ello bajo el apercibimiento de que la averiguación queda abierta y que el proceso se reanudará si aparecen nyuevos indicios de responsabilidad penal, lo cual es una espada de Damocles pendiente sobre la cabeza de los sindicados.

De la misma manera que el acto de la instructiva de cargos determina la división de la fase preparatoria entre averiguación e instrucción, *la formulación de la acusación o conclusiones provisionales de las partes acusadoras*, determina el tránsito del proceso hacia una nueva fase: *la intermedia.*

La fase intermedia es el conjunto de actos procesales que median desde el acto procesal que declara terminada la fase preparatoria o sumario, con conclusiones acusatorias, hasta la resolución que decide la apertura o no de la causa a juicio oral. Dicho en otros términos, la fase intermedia es un importante estadio del proceso cuya función es la determinación de la viabilidad de la acusación, de la cual dependerá la existencia o no del juicio oral.

El contenido de la fase intermedia, por tanto, será el conjunto de actos procesales encaminados a determinar, precisamente, si habrá juicio oral o no, pues si la acusación es viable el proceso continuará hacia el debate oral y público, pero si la acusación es rechazada por arbitraria, infundada (insubsistente) o simplemente torpe, entonces no habrá juicio oral porque o será necesario subsanar la acusación; o regresar el proceso a la fase preparatoria para practicar las diligencias que el

tribunal ordene a fin de la comprobación adecuada del cuerpo del delito o de la participación de los imputados; o se impondrá el sobreseimiento de los imputados por no haber quedado acreditado cualquiera de esos extremos.

2.- FUNCIONES DE LA FASE INTERMEDIA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. VERIFICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE PROCEDIBILIDAD. PUNTOS PREVIOS Y SITUACIONES DE PREJUDICIALIDAD

Con toda seguridad el lector se preguntará: ¿Cuáles son los actos procesales encaminados a determinar la existencia o no de juicio oral y qué relación tiene esto con la función que debe cumplir la fase intermedia en el proceso penal acusatorio? Como se recordará, al estudiar la fase preparatoria dijimos que sus funciones inmediatas eran la comprobación de la existencia del hecho punible y la comprobación de su autoría, y que la función última y primordial de la fase preparatoria, derivada de las anteriores, era la fundamentación de la acusación, entendida como la suma de la imputación fáctica y de la pretensión punitiva.

Sin embargo, como en el sistema acusatorio el sujeto titular de la acusación no es el mismo sujeto de la jurisdicción, se entiende, por tanto, que la fase preparatoria tiene como función el fundamentar la acusación desde el punto de vista del acusador. Empero, la fase intermedia tiene como función depurar, supervisar y controlar los presupuestos o bases de la imputación y de la acusación, primero por el propio ente acusador, y luego por un órgano jurisdiccional, distinto del sujeto de la acusación, a fin de establecer si es viable a los efectos de la convocatoria del pleno debate penal que constituye el juicio oral, o si debe continuarse investigando, o si, por el contrario, es procedente el sobreseimiento o, incluso, alguna forma de autocomposición procesal.

Para esta depuración de los presupuestos de la acusación, es menester que el sujeto director de la investigación emita su opinión acerca de si considera completas las investigaciones y resueltos, en cualquier sentido, los dos extremos de las funciones inmediatas de la fase preparatoria, como para declararla concluida.

Si el sujeto director de la investigación sumarial o fase preparatoria no es el mismo sujeto titular de la acusación, como ocurre en los países donde la instrucción es judicial o policial, entonces el titular de la vindicta pública, generalmente el Ministerio Público, tiene el derecho de supervisar lo actuado y ordenar, si así lo considerare necesario y hubiere tiempo procesal para ello, la práctica de diligencias complementarias, hasta que considere nuevamente completo el sumario[133]. Si, en cambio,

---

[133].- El artículo 261 de la LPP cubana dice textualmente: «Si del examen del expediente de fase preparatoria terminado que le remite el Instructor, el Fiscal aprecia que resulta imprescindible practicar alguna diligencia cuya falta, por su naturaleza, pueda cambiar sustancialmente el hecho justiciable y no sea subsanable en el juicio oral, estará facultado para:
1.- Practicar directamente las diligencias necesarias en un término improrrogable que no excederá de diez días;

considera completas las diligencias sumariales que le presenta el juez de instrucción o los instructores policiales, procederá a solicitar al tribunal que corresponda el sobreseimiento de la causa, si de la investigación no se desprende responsabilidad penal para los imputados, o, en caso contrario, procederá a formular el acta de acusación, que contendrá la descripción pormenorizada del hecho o hechos imputados, las consideraciones pertinentes sobre autoría u otras formas de participación, y sobre circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, perfiles sociales y conductuales del acusado previos al delito en cuestión y, en algunos casos, una solicitud concreta de sanciones principales y accesorias[134], así como con el consiguiente ejercicio de la acción civil allí donde la ley lo permite.

Cuando es el fiscal quien ha dirigido la investigación en el sumario o fase preparatoria, es a él a quien corresponde declarar concluido el sumario, y al hacerlo, directamente deberá decretar el archivo de la causa, o adoptar cualquiera de las dos soluciones arriba mencionadas (solicitar el sobreseimiento o acusar), o podrá, en las legislaciones que lo establecen, intentar cualquier arreglo entre las partes basado en la admisión de los hechos por el imputado, o solicitar la suspensión condicional del proceso en atención a la conducta anterior de éste. Pero en todo caso, nótese cómo el control de los presupuestos de la acusación corre, en primer lugar, por parte del fiscal, al momento de declararse concluido el sumario y en ello reside gran parte de su responsabilidad y está comprometida su honorabilidad y eficiencia.

Sin embargo, observe el lector también que, habida cuenta que en el sistema acusatorio no existen sujetos u órganos que sean dueños absolutos del proceso en ninguna de sus fases, los órganos judiciales, de igual manera que vienen obligados a supervisar el cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales en la fase preparatoria, son los encargados de dar la última palabra en la fase intermedia, pues cualquiera de las decisiones que adopte el fiscal deberá ser revisada por un tribunal, sea el Tribunal de la causa o un juez de procesamiento o un juez especializado en el control de la investigación.

El fiscal podrá solicitar el sobreseimiento respecto de uno o varios acusados, pero el tribunal actuante en la fase inter-media decidirá, incluso a instancias de la víctima o los perjudicados, si ello es procedente o no. De manera que, en la fase intermedia, se establece, en segundo orden, una supervisión sobre el cumplimiento de los cometidos de la investigación, por los órganos judiciales.

2.- Devolver el expediente de fase preparatoria al Instructor para que éste, en el término que le sea señalado, el cual no podrá exceder de veinte días, practique aquellas diligencias indispensables que se le indiquen. La decisión del Fiscal devolviendo al Instructor el expediente requerirá de la aprobación del Fiscal Jefe Municipal o Fiscal Superior a éste según el caso».

[134] **.-** Ni el sistema anglosajón, ni en el ordenamiento procesal ruso, por ejemplo, el acta de acusación supone la solicitud de una pena concreta. Entre los anglosajones esto sólo procede una vez el acusado ha sido declarado culpable, a través de una solicitud que el fiscal dirige al Juez de la causa o al Jurado, en su caso. Entre los rusos, la determinación de la pena es de libre arbitrio del tribunal de la causa, de conformidad con lo establecido en el tipo penal que se considere infringido.

3.- LAS SOLUCIONES PROCESALES EN LA FASE INTERMEDIA

En cierta medida ya he adelantado algo acerca de cuáles pueden ser las soluciones procesales posibles en la fase intermedia del proceso penal acusatorio. Éstas son, *grosso modo*, las siguientes:

a).- Apertura a juicio oral;

b).- Sobreseimiento;

c).- Reapertura del sumario;

d).- Homologación o aprobación de acuerdos entre víctimas y acusados; y

e).- Suspensión condicional del proceso.

La *apertura a juicio oral* es la solución procesal más importante de todas cuantas pueden poner fin a la fase intermedia del proceso penal acusatorio, por cuanto resulta consustancial a la *ratio essendi* de éste. Esto quiere decir, ni más ni menos, que todo proceso penal correctamente incoado, en el cual la detención o incriminación en libertad de una persona se ha producido sobre firmes elementos de convicción, que aportan una sólida base a la acusación, debe terminar irremisiblemente en un juicio oral. Sin que ello quiera decir, y conviene aclararlo de antemano, que pueda desde ya considerarse culpable al acusado por ello, pues el auto de apertura significa, simplemente, que la acusación ha pasado el filtro de la fase intermedia, como gusta de decir el profesor venezolano PEDRO BERRIZBEITIA[135] y pareciera ser fundada. Lo demás lo dirá el juicio oral.

La apertura al juicio oral puede producirse porque el fiscal u otro acusador, seguro del resultado de la fase preparatoria, decida calificar el delito y formular la acusación, entendiendo el tribunal bueno ese planteo y dándole luz verde a través de la correspondiente decisión llamando a juicio oral, con los demás pronunciamientos legales del caso: notificación al acusado y sus defensores, citación de testigos, peritos, perjudicados, partes civiles, etc.

Asimismo, la apertura a juicio oral puede sobrevenir cuando, rechazada por el tribunal cualquier propuesta de sobreseimiento, arreglo o suspensión condicional del proceso, bien sea de oficio o a instancia de parte interesada, el órgano jurisdiccional obligue al titular de la pretensión pública punitiva a formular la acusación y solicitar la apertura a juicio. En este caso, si el fiscal insistiera en su negativa de formular cargos, el tribunal podrá ofrecer el ejercicio de la acción penal a la víctima o a los perjudicados, o, de no existir esa posibilidad en la ley, podrá la víctima recurrir ante un tribunal superior a fin de que éste ordene a la fiscalía el formular acusación.

El *sobreseimiento*, también conocido como *preclusión* o *dismiss*, procede cuando de la investigación resulte que el hecho que motivó de la apertura de la averiguación es inexistente, no puede ser suficientemente acreditado o resulta no ser constitutivo de delito; o cuando no conste la

---

[135].- Ver: BERRIZBEITIA, Pedro: "La fase intermedia y el control de la acusación", en *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal*, UCAB, 1998, pág. 204.

participación de los imputados en ninguno de los supuestos de autoría, complicidad o encubrimiento previstos por la ley penal sustantiva; así como cuando se compruebe la existencia de causas que impidan continuar el procedimiento o sancionar el delito, tales como la muerte del acusado, el perdón de la víctima (donde proceda), la amnistía, el indulto, la cosa juzgada *(non bis in idem)*, la prescripción de la acción penal, la enajenación mental comprobada o sobrevenida y la despenalización de la conducta perseguida.

Es de destacar que algunas legislaciones se refieren al sobreseimiento como una categoría o institución jurídica unitaria e indivisa, pero otras legislaciones, como la española y su derivada, la cubana, se refieren a cuatro categorías de sobreseimiento pues, por una parte, dividen el sobreseimiento en total y parcial en atención a la posibilidad de que, existiendo varios acusados en una causa, se acordare el sobreseimiento respecto a unos y a otros no (sobreseimiento parcial) o respecto a todos (sobreseimiento total). El sobreseimiento puede ser igualmente parcial, cuando imputados varios delitos a una persona, se le sobresee en cuanto a algunos de ellos y será total si le sobresee en cuanto a todos. En realidad ésta es una clasificación que no ofrece problemas doctrinales de ninguna índole y que se produce objetivamente en todos los ordenamientos jurídicos, pues es muy frecuente el caso de que existiendo varios imputados en una misma causa, ésta fuere sobreseída respecto de uno de ellos en razón del llamado indulto de *gracia regia*, es decir, la que otorga el Jefe de Estado, dejando a los restantes acusados en la estacada en virtud de la no comunicabilidad de ese tipo de indulto personalísimo.

Sin embargo, la legislación española, y por consiguiente la cubana, clasifican también el sobreseimiento en *libre y provisional.* En este sentido, será libre el sobreseimiento si durante el sumario se comprueba que no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa, o que el hecho no sea constitutivo del delito o que los procesados aparezcan exentos de toda responsabilidad penal[136]. Por otra parte, se considera procedente el sobreseimiento provisional cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa o cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores[137]. En este caso, a pesar de los buenos deseos del eximio Manuel Alonso Martínez, redactor de la LECrim. de terminar con la absolución de la instancia, el sobreseimiento provisional fue durante muchos años usado por los tribunales españoles, cubanos, filipinos y puertorriqueños[138] con ese cometido. Incluso, durante los años del franquismo la institución

---

[136].- Ver: Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, art. 637.

[137].- *Ibidem,* art. 641.

[138].- La Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 fue hecha extensiva a Cuba, Filipinas y Puerto Rico en 1886 y de una manera u otra sus preceptos se han mantenido vigentes en éstas, las últimas colonias españolas en América y Asia, habiendo influido definitivamente sobre el procedimiento penal en estos territorios. [*Nota del Autor*].

del sobreseimiento provisional fue defendida por muchos procesalistas españoles[139], pero solo respecto a acusados procesados en libertad. Sin embargo, el tratamiento dado a esta institución en la doctrina española posterior al advenimiento de la democracia en la Península (1975) y sobre todo después de la Constitución de 1978, ha cambiado radicalmente, pues se ha reconocido su flagrante inconstitucionalidad por oponerse al principio del juicio justo y el debido proceso, consagrados en la referida carta magna ibérica. Por otra parte, el sobreseimiento provisional en Filipinas y Puerto Rico desapareció, en virtud de la enorme influencia de la cultura estadounidense y de sus tradiciones jurídicas en esas tierras, que hace mucho tiempo ya salieron de la órbita jurídica hispana.

El sobreseimiento, en general, debe ser solicitado por el fiscal cuando esté convencido de que existen los motivos que lo justifiquen, pero, de no hacerlo éste, puede ser acordado de oficio por el tribunal competente o a instancias del acusado y su defensor, del tercero civilmente responsable, de la víctima o de un *ombusdman*, de existir éste.

Los efectos del sobreseimiento son idénticos al de la sentencia absolutoria firme, y lógicamente, la persona respecto a la cual ha operado el sobreseimiento no irá a juicio oral, por lo cual se dice que el sobreseimiento es una *forma anormal o anticipada* de terminación del proceso penal, aun cuando sea lo más normal del mundo que el imputado sobreseído, a menos que haya muerto durante el proceso, «salga loco de contento», como reza la célebre canción boricua[140].

La *reapertura del sumario* consiste en la revocación del acto procesal que declaró la conclusión de la fase preparatoria, con la consiguiente disposición de que se realicen nuevas diligencias, ya encaminadas a comprobar el delito, ya a determinar el grado de participación en el mismo de las personas imputadas[141]. Como ya se dijo, la reapertura del sumario puede ser ordenada por el Fiscal cuando éste no ha sido el director de la investigación sumaria, o por el tribunal competente, cuando la ley lo permita[142], a los efectos de precisar los términos de la acusación en función de la verdad material. Hay ordenamientos procesales que no reconocen la posibilidad de practicar nuevas diligencias probatorias después de formulada la acusación, lo que implica que, si ésta no está suficientemente sustentada, no procede más que sobreseer. Otros ordenamientos como la StPO (art. 202), la LECrim (art. 629), la LPP (art. 263), el UPK (art. 205), admiten la posibilidad de retracción a la fase preparatoria para la práctica de diligencias probatorias.

---

[139].- Ver: VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos: *Lecciones de Derecho Procesal Penal.* Ministerio de Justicia, La Habana, 1985, Tomo II, pág. 293.

[140].- El autor se refiere a la canción «Lamento borincano» del compositor puertorriqueño Rafael Hernández, considerado por los independentistas boricuas como un segundo himno nacional.

[141] .- Cf.: ALCALÁ ZAMORA Y DEL CASTILLO, Niceto: *Programa de Derecho Procesal,* Madrid, 1932.

[142] **.-** Ver: *Ley de Enjuiciamiento Criminal española,* art. 629, ordinal 1º; *Ley de Procedimiento Penal cubana* de 1977, art. 263, y el *Código de Procedimiento Criminal ruso* de 1961, art. 205.

En este último caso se considera esta solución como una de las posibles para poner fin a la fase intermedia por los efectos retroactivos o de reposición que supone, pero en realidad no es un verdadero modo anormal o anticipado de terminación del proceso, ya que una vez que se hayan practicado las diligencias de ampliación ordenadas por el tribunal, la causa deberá cursar nuevamente por la fase intermedia, posiblemente para continuar esta vez su curso hacia el juicio oral.

Aprobación u homologación de los acuerdos entre las partes. Otra forma anormal o anticipada de terminación del proceso penal acusatorio es la homologación o aprobación por el tribunal competente, de los arreglos a que puedan haber llegado los fiscales y los acusados y sus defensores, que puede dar lugar a una decisión autónoma que, al aprobar el acuerdo, pone fin al proceso, o canalizarse a través de un sobreseimiento. Como ya hemos dicho, se trata de una figura más que todo característica de los países del Common Law, pues solo es posible allí donde la víctima y los perjudicados por la acción delictiva no tengan posibilidad de actuación procesal, como la tienen hoy día en casi todos los países eurocontinentales, ya que la actuación de éstos como sujetos procesales independientes y procura de su propio interés, frustraría todo acuerdo o arreglo que significare una pena relativamente benigna para el reo de un delito perseguible de oficio.

Sin embargo, es menester admitir que en los Estados Unidos hoy, por ejemplo, un alto porcentaje de las causas se resuelve por esta vía. Y ésta es la razón por la cual el sistema judicial norteamericano no renuncia a esa práctica, que ellos consideran muy útil al bien común, por encima de intereses particulares de víctimas y agraviados, los cuales, de conformidad con el bien conocido pragmatismo de los anglosajones y de los estadounidenses en particular, pueden obtener satisfacción material por la vía civil, como aconteció en el célebre caso de O. J. Simpson[143].

Las legislaciones eurocontinentales y sobre todo las germánicas y escandinavas consagran, en delitos menores, la posibilidad de arreglos entre el imputado y la víctima a fin de lograr que el primero satisfaga plenamente la responsabilidad civil, como medio de extinción de la acción penal. Ésta es una forma de atenuación del *ius puniendi* del Estado y de apertura a la autocomposición privada, que, empero, está siempre supervisada por el poder público, el cual podrá aprobar o improbar esos acuerdos, según lo juzgue conveniente para el bien público (ver art. 153a StPO). El COPP recoge esta figura en sus artículos 40 y siguientes.

Por su parte, *la suspensión condicional del proceso,* prevista en algunas naciones del norte y centro de Europa (ver art. 152a.4 StPO), es una resolución por la que el tribunal competente, aun considerando bien fundada la acusación, y por ende con méritos para acceder al juicio oral, difiere la

[143].- O.J. Simpson (1947), destacado jugador de futbol americano y actor estaunidense, fue juzgado en 1995, en un proceso muy publicitado, acusado de haber asesinado a su exposa Nicole Brown y a un amigo de ésta, Ronald Goldman. Simpson resultó absuelto de todos los cargos, pero los familiares de los fallecidos lo demandaron en la jurisdicción civil y el 4 de febrero de 1997, un jurado de Santa Mónica (California) declaró a Simpson civilmente responsable de la muerte de Ronald Goldman y de asalto contra Goldman y Nicole Brown. Simpson fue obligado a pagar 33.500.000 de dólares.

celebración de éste por un lapso que puede ir desde un año hasta diez, siempre en concordancia con los lapsos de prescripción del delito, para observar la conducta del acusado, el cual no solo no será juzgado, sino sobreseído libremente o declarado exento de responsabilidad penal, si finalizado el lapso de prueba ha observado una conducta intachable. Esta solución puede adoptarse a solicitud de parte acusadora, del acusado y sus defensores o aun de oficio, a condición de que el acusado satisfaga ciertas condiciones que le impondrán el Fiscal o el Tribunal.

Esta figura de la suspensión condicional del proceso, como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que contemplan otras legislaciones, como la italiana, la alemana, la cubana y la costarricense, solo puede ser aplicable a delitos leves, donde no haya habido graves daños al patrimonio público o privado, porque de lo contrario el encono de los acusadores e interesados en la cabeza del reo no dejaría pasar sin impugnación cualquier decisión en este sentido.

La figura de la suspensión condicional de la pena es más racional que la suspensión condicional del proceso, pues, en el primer caso, una vez que el sujeto acusado ha sido juzgado, declarado culpable y sancionado a pena concreta, entonces, por habérsele encontrado culpable y responsable, se le puede exigir el pago de la responsabilidad civil, o la satisfacción de algunas otras condiciones, como requisito para suspender la ejecución o cumplimiento de la pena principal. Sin embargo, en el caso de la suspensión condicional del proceso, la suspensión del curso del enjuiciamiento sin que medie admisión plena de la responsabilidad penal, o declaración jurisdiccional de ésta (que no puede haberla porque no ha habido juicio oral) parecería una violación de la presunción de inocencia. Por eso en las legislaciones que la reconocen, la suspensión condicional del proceso exige que el imputado admita su responsabilidad como condición para concederle el beneficio.

4.- LA FASE INTERMEDIA EN LOS SISTEMAS MIXTOS DE ORIENTACIÓN ACUSATORIA

En los sistemas mixtos de orientación acusatoria, que como ya sabemos, son aquellos en los cuales la fase preparatoria o sumario se desarrolla en forma predominantemente escrita y con cierto grado de reserva o secreto para el acusado, la fase intermedia comienza cuando se declara concluido el sumario y esta decisión es participada al fiscal (si no ha sido el Ministerio Público el que ha dirigido la investigación sumarial).

En este estado, el Ministerio Público debe dirigirse al Tribunal de la causa por escrito, con una solicitud concreta, que puede ser cualquiera de las mencionadas en el epígrafe precedente, es decir, apertura a juicio oral, sobreseimiento, etc.

Formulada la solicitud del fiscal, el tribunal concede un lapso común a todas las otras partes a fin de que puedan manifestar, por escrito, lo que tengan por conveniente a su derecho, luego de lo cual el tribunal pasará a decidir lo que estime conveniente.

En la mayoría de las legislaciones que siguen el sistema acusatorio con sumario escrito, la decisión que dicte el tribunal es apelable libremente y en ambos efectos, salvo que esas decisiones sean las de reapertura del sumario o de apertura de la causa a juicio. La imposibilidad general de recurrir estas dos formas de decisiones se basa en el hecho de que éstas no ponen fin al proceso, quedando a salvo el derecho a la defensa en las diligencias y actos procesales sucesivos. Sin embargo, cuando el tribunal competente adopta como decisiones el sobreseimiento, la homologación de acuerdos entre partes o la suspensión condicional del proceso, el recurso resulta necesario para asegurar el interés de cualquier parte interesada en que el proceso no concluya de ninguna de estas maneras.

5.- LA FASE INTERMEDIA EN LOS SISTEMAS DE ORALIDAD PLENA

En los ordenamientos procesales penales regidos por el principio de oralidad plena, o sea en aquellos donde la fase preparatoria se desarrolla con predominio de la oralidad y sin secreto de las actuaciones para el acusado y sus defensores, la fase intermedia se desarrolla prácticamente en un solo acto concentrado que algunas legislaciones denominan «audiencia previa», otras «audiencia preliminar» y otra, como la española reformada, denomina «vistilla», o vista chica, para diferenciarla de la vista grande, que no es otra cosa que el juicio oral. De todas estas denominaciones la de «audiencia preliminar» parece la más ilustrativa y por eso la usaremos en adelante para referirnos al trámite en cuestión.

En razón de la enorme racionalidad y pragmatismo de los pueblos anglosajones, germánicos y escandinavos, donde existe la oralidad plena, la regla generalizada en esos procedimientos consiste en que casi todo el que comparece a una audiencia preliminar en esos países lo hace bajo sólidos cargos, por lo cual las decisiones normales en estos casos son el señalamiento de juicio oral o la aprobación de los acuerdos a que hayan arribado las partes.

En esos países, que se caracterizan por el hecho de que son los fiscales los que dirigen la investigación preparatoria, los representantes de la vindicta pública suelen poner especial cuidado en no llevar como acusado a una persona a una audiencia preliminar si no hay fundadas razones para ello, por lo cual la ley y la costumbre les autorizan para decretar por sí mismos la terminación de la averiguación si no es posible sostener válidamente una acusación. Por esta razón lo común es que la audiencia preliminar se inicie a instancias del fiscal a fin de que se considere la posibilidad de señalar juicio o de que se homologuen los acuerdos a que haya llegado con el acusado y sus defensores, o mejor dicho, con los defensores del acusado y con éste, dado que éste es el orden que normalmente siguen estos acuerdos.

Luego de declarar abierta la audiencia preliminar, el Juez o Presidente del Tribunal actuante, en su caso, confiere la palabra al fiscal para que exponga los hechos de la acusación y la calificación

que les haya dado, así como su solicitud concreta sobre el ulterior curso del proceso, después de lo cual se oirá al acusador privado y al popular, si los hubiere o la ley lo permitiere, y después se oirá al acusado y sus defensores, así como a la víctima y al tercero civilmente responsable, si existieren y fuere de ley oírlos.

Los acusadores expresarán con claridad los hechos que imputan, su calificación y las pruebas de que dispusieren. El acusado, el tercero civilmente responsable y sus respectivos defensores podrán oponer cuantos hechos fueren necesarios para desvirtuar la acusación, las irregularidades que estimaren cometidas en la sustanciación de la imputación, su criterio sobre la legalidad de la obtención de la prueba y cualquier otra circunstancia que consideren conveniente.

El tribunal cuidará muy bien de verificar si en la preparación de la acusación se han observado todas las reglas del debido proceso y, en particular, si se han debidamente comprobado o descartado las coartadas y descargos del acusado o acusados y si las pruebas han sido obtenidas conforme a derecho. Verificados estos extremos, el tribunal decidirá lo conducente sobre la base del esquema racional que describimos en el epígrafe tres del presente capítulo.

Lo verdaderamente notable de este trámite de audiencia preliminar es su celeridad y confiabilidad, pues aquí es posible discutir *vis-à-vis* con todas las partes, la solvencia de la acusación, la legalidad de la prueba, y la posible violación de los derechos humanos, constitucionales y procesales de los acusados y, sobre todo, obtener una decisión inmediata.

Las decisiones judiciales emanadas de la audiencia preliminar son, en general, apelables en las mismas circunstancias y por iguales causas, que las que se producen en la fase intermedia del sistema acusatorio mixto, salvo, claro está, el auto de apertura a juicio oral, ya que en ese caso el proceso continuará y las posibilidades de defensa se amplían.

CAPÍTULO XIII
LAS FORMAS ANTICIPADAS
DE TERMINACIÓN DEL PROCESO PENAL

1.- CONCEPTO GENERAL

El proceso penal tiene como cometido la comprobación de la existencia de los hechos punibles y la determinación de la responsabilidad de sus autores o partícipes y, por tanto, todo enjuiciamiento penal debiera terminar, en principio, en una sentencia definitivamente firme que condene o absuelva a los imputados, pero ello solo después que se haya recorrido todo el íter procesal y se hayan agotado todas las fases, instancias, estados y grados del proceso.

Sin embargo, en el curso de la averiguación o del enjuiciamiento penales pueden producirse situaciones que aconsejen tomar una decisión sobre el fondo antes de agotar todo el curso del proceso, lo cual, además, sería innecesario e incluso abusivo, cuando no irracional. Por supuesto que nos referimos a aquellas situaciones que matan la litis o que enervan la acción penal, haciendo imposible la continuación del juzgamiento. Son situaciones tales como la muerte del imputado, la cosa juzgada, la falta de jurisdicción, la incompetencia, la prescripción de la acción penal, etc.

Es evidente que carece de sentido continuar un proceso judicial hasta sentencia definitiva, con el consiguiente costo humano y económico, si puede y debe adoptarse una decisión anticipada. Por esta razón, las decisiones que se fundan en la apreciación positiva de cualesquiera de las situaciones que ponen fin al juzgamiento antes de la sentencia firme, se denominan *formas anticipadas de terminación del proceso penal.*

Por otra parte, las modernas concepciones abolicionistas del Derecho Penal y del proceso penal han introducido, dentro de los ordenamientos jurídico-penales, algunas formas de atenuación del *ius puniendi* del Estado o formas de composición del entrevero penal, bien mediante acuerdos entre la víctima y el imputado a fin de que este último resarza al primero los efectos dañosos de su acción delictiva o bien concediendo el perdón al imputado que cumpla ciertas condiciones, impuestas por los tribunales, y que revelen su arrepentimiento y su intención de respetar las reglas de convivencia social. En estos casos, una vez que el imputado cumple lo que se le exige, se declara extinguida la acción penal respecto a él y se cierra su causa.

Los teóricos del proceso penal, fundamentalmente alemanes e italianos han intentado clasificar las causas de terminación anticipada del proceso penal en sus Derechos nacionales y en el Derecho comparado. Así, por ejemplo, se ha dicho que estas causas se dividen en naturales (la muerte del imputado) y jurídicas (las demás), o en voluntarias (admisión de los hechos, acuerdos reparatorios, etc.) o forzadas (cosa juzgada, amnistía, etc.), indubitadas (muerte del imputado, amnistía, etc.) o *ad-probationem* (insuficiencia de prueba, prescripción, etc.). Pero, como puede apreciarse a simple vista, estas divisiones o clasificaciones carecen en absoluto de importancia práctica y son puro ejercicio intelectual, en el que no vale la pena detenerse.

Lo que sí es importante a los fines prácticos del proceso penal, es determinar si todas estas causas constituyen por sí solas causas de la extinción del proceso penal o si deben cobijarse bajo la figura del sobreseimiento como figura clásica de la terminación anticipada.

2.- EL SOBRESEIMIENTO

El sobreseimiento es una institución típicamente procesal penal, que, sin embargo, se produce por razones de fondo, ya que implica la imposibilidad de continuar adelante por falta de certeza respecto a las llamadas *Columnas de Atlas* o presupuestos fundamentales del proceso penal, es decir, la existencia acreditada de un hecho punible no evidentemente prescrito y los fundados elementos de convicción acerca de la responsabilidad del imputado.

Desde el punto de vista de la doctrina procesal penal, el sobreseimiento se puede dividir en total o parcial, según se pronuncie o acuerde respecto a todos o solo respecto a algunos de los imputados. También será subjetivo u objetivo, según se refiera a imputados o a delitos. De tal manera, el sobreseimiento subjetivo parcial es aquel donde habiendo varios imputados en una causa, ésta se sobresee solo respecto a algunos de ellos; y el sobreseimiento parcial objetivo, es aquel que se acuerda solo respecto a alguno de los varios delitos que se imputan a una persona. Por supuesto, estas formas pueden existir combinadas.

Igualmente, la doctrina clasifica el sobreseimiento en temporal (también llamado provisional) y definitivo (también llamado libre). El sobreseimiento provisional o temporal, que en algunas legislaciones adopta la forma de "archivo fiscal" y en otras se le conoce como "averiguación abierta", implica el cese de la investigación sin decisión alguna respecto a la responsabilidad de persona alguna, por imposibilidad cognoscitiva, es decir, por no existir elementos donde afincar una investigación. El sobreseimiento definitivo o libre, es la declaración judicial que determina el fin del proceso por la comprobación de que el hecho punible investigado o no existió, o, de haber existido, no puede atribuirse al imputado de forma alguna (sobreseimiento negativo) o bien porque habiéndose acreditado la existencia del hecho punible y la participación del imputado, el hecho no es típico, o no es antijurídico o concurren causas de inculpabilidad o de no punibilidad en el imputado (sobreseimiento positivo). Las anteriores son, bajo mil modalidades diversas en las más variopintas legislaciones, las causas esenciales del sobreseimiento definitivo o libre.

Tanto el sobreseimiento provisional como el definitivo, pueden a su vez ser totales o parciales, subjetivos u objetivos, de ahí que las combinaciones pueden ser infinitas, aunque de muy relativa importancia práctica.

No compartimos la tesis de que la reparación a la víctima por el imputado, o el cumplimiento de las condiciones para la aplicación del principio de oportunidad o para la suspensión condicional del proceso sean situaciones independientes y de naturaleza diferente al sobreseimiento, que puedan

ser resueltas por una decisión *sui generis*. Todas esas situaciones deben desembocar en una decisión de sobreseimiento.

3.- FORMAS BÁSICAS DEL SOBRESEIMIENTO

El sobreseimiento puede alcanzarse por tres vías distintas pero convergentes:

A.- Por solicitud del fiscal ante el juez competente.

B.- Como resultado de un alegato de la defensa aprobado por el tribunal de la causa.

C.- Cuando el tribunal de compruebe la existencia de cualquier causal de sobreseimiento.

A.- El sobreseimiento como acto conclusivo de la fase preparatoria

La fiscalía puede solicitar el sobreseimiento total o parcial, libre o provisional al tribunal de la causa, en cualquier estado y grado de la fase preparatoria o de investigación, en aquellos esquemas procesales en los que la esa fase está bajo su dirección o de la policía bajo su supervisión. Cuando la instrucción corre a cargo de un juez de instrucción, el fiscal generalmente debe esperar a que el juez concluya el sumario y le pase las actuaciones.

El fiscal puede pedir el sobreseimiento cuando concurran las causales clásicas para ello, tales como la inexistencia, atipicidad o falsedad comprobada del hecho denunciado o imputado, la falta de participación de éstos, la concurrencia de circunstancias de inculpabilidad o causales de justificación, así como hechos tales como el cumplimiento por el imputado de los acuerdos a que haya arriobado con la fiscalía, la aplicación del principio de oportunidad y el resarcimiento efectivo a la víctima.

El tribunal al que debe dirigirse el fiscal para solicitar el sobreseimiento, es, por lo común, un tribunal de juzgamiento, es decir, aquel al que compete el conocimiento y decisión de la causa en juicio oral, si llegare a celebrarse. Sin embargo, existen variantes según las cuales, el conocimiento de una solicitud de sobreseimiento del fiscal durante la fase de investigación corresponde a ese juez de control o de garantías que supervisa a los fiscales instructores[144].

La solicitud de sobreseimiento del fiscal puede ser resuelta en audiencia con asistencia de todas las partes o puede ser resuelta en actuaciones escritas, con emplazamiento o no de las demás partes.

En este caso, si el tribunal acepta la solicitud del fiscal, decretará el sobreseimiento y esta decisión será apelable solo en los sistemas que reconocen el carácter de parte de la víctima. Si el tribunal considera injustificado el sobreseimiento, la solución dependerá de las posibilidades que la ley otorgue al tribunal para adversar a la fiscalía y a la víctima para ejercer por sí sola la acción penal.

[144] .- Este es el sistema del COPP venezolano.

B.- Como resultado de un alegato de la defensa aprobado por el tribunal de la causa.

En cualquier estado de la fase de investigación o de la fase intermedia, la defensa puede solicitar el sobreseimiento al tribunal de la causa cuando considere que concurren causas para ello. Esto podrá hacerlo bien mediante una solicitud simple, mediante el alegato de excepciones o de artículos de previo y especial pronunciamiento o en la contestación de la acusación, según el sistema legal de que se trate[145].

Al igual que la solicitud de sobreseimiento de los fiscales, el pedimento de la defensa puede realizarse ante tribunales de control, control de garantías, etc. o ante los tribunales de conocimiento o juzgamiento y puede ser decidida en audiencia contradictoria o en actuaciones escritas, con emplazamiento de las partes o no.

Generalmente, las decisiones acerca de esta solicitud de la defensa es libremente apelable tanto por la fiscalía y la víctima, en su caso, o por el mismo defensor, según el pedimento haya sido declarado con o sin lugar.

C.- Cuando el tribunal de compruebe la existencia de cualquier causal de sobreseimiento.

En determindas legislaciones, los tribunales pueden decretar el sobreseimiento de oficio, cuando consideren que concurren causa para ello.

La decisión que acuerde el sobreseimiento de oficio, por lo general, podrá ser recurrida por las partes acusadoras o la víctima, según las legislaciones diversas.

4.- LA CONDENA ANTICIPADA

Aparte del sobreseimiento, que es una solución liberatoria, es decir una solución procesal que equivale a una sentencia absolutoria, la manera clásica de lograr una terminación rápida del proceso penal es la condena anticipada, decir, producida en una etapa anterior al juicio oral.

El sistema acusatorio supone que nadie pueda ser condenado, a menos que se pruebe su culpabilidad y su responsabilidad penal en juicio oral y público, con todas las garantías del debido proceso. Sin embargo, por razones de economía procesal, el legislador ha creado la posibilidad de que los imputados que se consideren vencidos en las primeras de cambio por efecto del peso abrumador de una evidencia incontrovertible, puedan negociar con las autoridades una rebaja de la pena o sanción que podría imponérsele, a cambio de su colaboración para esclarecer otros casos, para

[145].- Ver: PÉREZ SARMIENTO, ERIC LORENZO. *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal*. Vadell Hermanos, 8ª Edición, Caracas, 2013.

testificar contra grandes figuras de la delincuencia organizada o el terrorismo, o simplemente por ahorrarle tiempo y dinero al Estado.

De tal manera el incentivo principal para que un sujeto admita su responsabilidad en las premisas del juicio oral, es básicamente la rebaja de pena o el menor rigor en su cumplimiento.

Según las diversas legislaciones, existen varias modalides de instituciones, procesales o susteantivas, que autorizan la condena anticipada. Entre estas tenemos:

1.- El *plea bargaining* o acuerdos con la fiscalía para cooperar con el esclarecimiento de otros casos. Esta figura se usa en Estados Unidos, Puerto Rico y Colombia.

2.- Las leyes especiales como la Ley de Justicia y Paz, colombiana, que suponen disminución de pena a cambio de cooperación de los paramilitares desmovilizados.

3.- La conformidad con la acusación, institución introducida en la legislación de España y otros países, mediante la cual el acusado consiente en los hechos y el derecho de la acusación que se le presenta y con la responsabilidad civil que se le enrostra y recibe alivio a cambio de ello.

4.- La admisión de los hechos, contempladas en el COPP venezolano y otras legislaciones que siguen el Código Procesal Penal Modelo para América Latina.

Las diferencias entre estas instituciones de condena anticipada estriban, fundamentalmente, en el estado del proceso en que pueden ponerse en práctica, nunca más allá de la fase intermedia, y en el alcance de los beneficios que se prodigan a los imputados.

CAPÍTULO XIV
LA FASE PLENARIA DEL PROCESO PENAL: EL JUICIO ORAL

1.- El juicio oral como verdadero debate penal. Publicidad de los debates. Acceso de la prensa a los juicios orales

El juicio oral es el momento culminante del proceso penal acusatorio y constituye el verdadero debate penal, pues en esta oportunidad procesal debe ponerse a prueba, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del acusado. En el juicio oral se despliegan o deben desplegarse todas las energías de los contendores procesales, para que resplandezca la verdad. En el juicio oral se ponen de manifiesto en plenitud todos los principios del sistema acusatorio y todas sus virtudes.

El jurista JULIO QUEVEDO MENDOZA señala con razón que:

> "La voz «debate» no tiene por eso, el alcance restringido de contienda, disputa y discusión, sino que comprende todo esto y además, abarca el interrogatorio de imputados, peritos e intérpretes y la discusión particular de cuestiones incidentales que se promovieron desde la apertura del mismo hasta su clausura"[146].

De la misma manera, el tratadista italiano EUGENIO FLORIAN expresaba que el debate:

> "... es el momento culminante del proceso penal, como queda dicho. En él las partes toman contacto directo; en él se presentan y ejecutan las pruebas y el contenido del proceso se manifiesta en toda su amplitud. En los debates es donde el proceso halla su definición y donde se alcanzan los fines inmediatos del mismo, por la condena o la absolución o la sujeción a una medida de seguridad. Es la fase donde se manifiesta, en toda su extensión la pugna entre las partes, es la más dramática, es la que decide sobre la suerte del procesado"[147] .

El hecho de que el debate penal, que constituye la etapa plenaria del proceso acusatorio, se desarrolle en forma oral, determina la condición de existencia de la inmediación en esta fase procesal, tanto en la apreciación de la prueba como las posiciones de las partes en el proceso (presentación del caso, informes orales conclusivos, etc.). La ventaja de la oralidad sobre la escritura en esta etapa del proceso consiste en la posibilidad de apreciar los testimonios de viva voz de sus emisores, sin que entre dicho emisor y los receptores, que son todos los asistentes al juicio oral, medie intérprete alguno que pueda

---

[146].- Cfr JULIO A. QUEVEDO MENDOZA, *Enciclopedia jurídica OMEBA*, T. XVII, Buenos Aires, 1950, pág. 405.
[147].- Véase EUGENIO FLORIAN, citado por JULIO QUEVEDO MENDOZA. *Ibidem.*

desvirtuar el contenido o la intención de la declaración. Ningún procedimiento escrito puede brindar emotividad ni tampoco es capaz de lograr que el juez, las partes y el público perciban por igual y al mismo tiempo el contenido de los actos procesales cumplidos.

No debe olvidarse que el juicio oral debe cumplirse en condiciones de publicidad presencial *erga omnes*, es decir, que los actos procesales deben desarrollarse en presencia de todo el que quiera presenciarlo, por lo cual, en algunas legislaciones no basta que se señale el día concreto para la realización del juicio oral y se comunique tal circunstancia a las partes y se cite para ello a los intervinientes (testigos, peritos, etc.), sino que es menester publicar la convocatoria a juicio oral en algún periódico oficial, en la prensa ordinaria o, al menos, en la tablilla o cartelera del tribunal, para que el público en general conozca el momento preciso de su realización. Para un individuo analfabeto o de escasas letras, el contenido del procedimiento escrito estaría vedado totalmente, en tanto que la oralidad le permite a cualquier persona seguir con plenitud el desarrollo de los actos procesales. En este punto algún aguzado lector podrá argüir que el sordomudo tampoco podría apreciar los actos orales. No es conveniente olvidar que el sordomudo puede, al igual que el individuo que no conozca el idioma en que se desarrollan los debates, servirse de un intérprete, con la ventaja de estar presente en el momento en que se producen los actos para comparar lo que percibe por medio del intérprete con la actitud de las personas en el juicio. De esta ventaja, sin embargo, no disfrutará nunca el analfabeto.

La publicidad ligada a la oralidad constituyen las claves esenciales del control popular y de la participación ciudadana en los procesos penales. La regla general de la publicidad de los debates reconoce universalmente solo dos excepciones: cuando la publicidad pudiera dañar el honor de las personas o las buenas costumbres y cuando pudiera afectar la seguridad del Estado o la paz pública. En estos casos, el tribunal de la causa, a instancias de parte o de oficio, deberá resolver sobre el particular al momento de convocar al juicio oral, si del contenido del proceso resultare conveniente limitar su publicidad, o al declarar abierto el juicio y antes de dar inicio al debate, si tal circunstancia se comprobare *a posteriori*.

La presencia de público en las audiencias donde se exponen los alegatos de las partes y se practica la prueba ejerce una saludable presión sobre los jueces y jurados populares, condicionando su actuación en todo momento a una media razonable de conciencia jurídica y de sentido común. Por esta razón, ni aun los más enconados defensores de la escritura como forma esencial del proceso penal, como lo fueron el argentino MARIO ODÉRIGO y el

venezolano ARMIÑO BORJAS, se atrevieron nunca a contradecir la célebre frase de MIRABEAU[148]:

> "Dadme como juez, si queréis, al peor de mis enemigos, con la condición de que todas las actuaciones que deba cumplir tenga que cumplirlas en público".

Esa invisible pero ineludible presión es mucho más efectiva sobre los jueces profesionales o permanentes que sobre jueces legos, escabinos o jurados populares, en razón del interés que tienen los primeros en la retención del cargo, sean jueces de carrera con miras de ascenso o jueces de elección popular con aspiraciones de reelección. Esta circunstancia, que ha sido muy poco estudiada en la doctrina procesal y en la ciencia política, es, a juicio nuestro, una de las debilidades de los jurados populares y de los jueces legos o escabinos, elegidos para un solo y único juicio, pues por ser pasajeros podrían tornarse inmunes a las repercusiones de un veredicto escandaloso en la opinión pública. Resulta verdaderamente paradójico y contradictorio que el efecto benefactor de la supuesta participación directa de la ciudadanía en la administración de justicia pueda enervar o anular el control que la misma ciudadanía ejerce sobre la publicidad de los actos judiciales, pues si bien la presión del gran público es decisiva sobre el juez profesional, cuyo prestigio depende de él, nada puede ese público hacer frente a, por ejemplo, un oscuro parqueador de autos de Manhattan devenido, junto con otros ignaros, en árbitro del destino de una causa judicial.

El juicio penal va mucho más allá de una simple apreciación sobre la ocurrencia o de los hechos justiciables o de la posible culpa de los acusados, que, por su complejidad, solo puede ser objeto de juzgamiento de profesionales del derecho que unan a su sapiencia jurídica y ponderación la necesaria probidad. Es tan compleja la determinación de cuestiones tales como el concurso de personas en el delito, la transferencia de las circunstancias personales modificativas de la responsabilidad, la determinación del grado de participación o de la forma del dolo, que en los países anglosajones, de larga tradición en el uso de jurados, cuando hay pluralidad de acusados por un mismo hecho, se los suele juzgar por separado.

Se ha dicho que si se le exige al ciudadano común el cumplimiento estricto de la ley, incluso de aquella cuyo contenido no conoce (*ignoratio legis non excusat*), por ello ya es perfectamente capaz de juzgar a sus semejantes. Semejante aserto carece, a nuestro juicio, de validez, pues estamos en presencia de la clásica relación entre supuestos abstractos pasivos

---

[148].- HONORÉ GABRIEL RIQUETI, conde de MIRABEAU (1749-1791), fue el máximo orador de la Revolución francesa (1789-1793), ardiente defensor del sistema acusatorio y del juicio oral, amigo personal y admirador de CESARE BONESANA, marqués de BECCARIA.

y supuestos abstractos activos; según esta no es lo mismo criticar el caminado de alguno que caminar en los zapatos del criticado, ni señalar un problema como oposición que intentar resolverlo como gobierno, ni ser elector que ser elegible. No por haber sufrido enfermedades y habernos curado podemos por ello ser médicos. Ahora bien, si es importante la publicidad *erga omnes* en su sentido natural y directo, es decir, aquella que se produce por la asistencia a las audiencias del público en general —incluso los curiosos y los perennes fisgones—, es mucho más importante la publicidad total y apabullante que los juicios orales pueden adquirir mediante los medios de comunicación. El juicio oral, por su estructura teatral, permite su transmisión directa, por los medios masivos de comunicación, fundamentalmente por la radio, la televisión o los noticiarios cinematográficos y por los corresponsales permanentes y especializados de la prensa gráfica.

Mucho se ha comentado sobre si resulta conveniente la presencia de los medios masivos de difusión en los actos de los juicios orales. En general, en los países de larga tradición en materia de juicios orales nunca ha habido mayor resistencia a la participación de la prensa escrita en los debates judiciales, salvo en los casos donde se debaten asuntos de seguridad de Estado. Allí el reportero es un espectador más, pero con la función de contar luego lo observado en el juicio a los lectores de su diario o revista. Tampoco con la radio se han presentado mayores problemas.

Sin embargo, han existido innumerables consideraciones acerca de la conveniencia de la presencia de los medios audiovisuales en los juicios orales. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, en las jurisdicciones estatales, que juzgan el mayor número de casos criminales en ese país, la presencia de cámaras de televisión o cine en las audiencias generalmente es admitida, aunque hay algunos estados, como Texas y California, con la que las permiten con la condición de que no se muestre la cara de los miembros del jurado. No ocurre lo mismo en la jurisdicción federal, donde no se permite la presencia de cámaras de ninguna índole, ni aun fotográficas, y por esta razón los medios se valen de bocetos confeccionados por dibujantes expertos para calzar sus reportajes acerca de los juicios en esa jurisdicción. En España, país donde predominan los tribunales colegiados de profesionales en materia penal, el acceso de las cámaras a las salas de audiencias es libre y es frecuente la existencia de noticieros televisivos especializados en la fuente judicial. En los países comunistas, donde lo que no está prohibido es obligatorio, las cámaras solo recogen aquellos juicios orales donde el gobierno quiere montar un espectáculo jurídico-circense de tono “ejemplarizante”, y por ello ordena a los medios oficiales cubrir la farsa judicial, a veces con resultados más bien contraproducentes para el régimen, pues como en los grotescos casos de los llamados

"procesos de Moscú"[149], ordenados por Stalin contra altos funcionarios del Estado Soviético acusados de "enemigos del pueblo" y del juicio al general Arnaldo Ochoa y sus "cómplices" en Cuba[150], lo más resaltante del juicio fue la ausencia total de defensa de los acusados, frente a un fiscal desbordado en su papel de mandadero del dictador.

En términos generales, en las sociedades democráticas los beneficios de la intervención de la prensa en los juicios orales son mucho mayores que los eventuales perjuicios que pudiera reportar, pues en fin de cuentas dicha intervención representa la magnificación o amplificación del principio de publicidad y, consiguientemente, de sus beneficios.

2.- LOCALES Y VESTUARIO PARA EL JUICIO ORAL. DISPOSICIÓN DE LOS SUJETOS EN LA SALA DE JUICIO

Uno de los argumentos esgrimidos con mayor frecuencia contra el juicio oral es que este atenta contra el costo de la justicia, pues requiere locales especiales, espaciosos y dotados de mobiliario especial (bancos, estrados, barras, butacas, etc.) y ciertos requerimientos técnicos (amplificación eléctrica, equipos de grabación de video y sonido, entre otros). Al sistema inquisitivo, en cambio, se le alaba porque puede proporcionar el juzgamiento desde un local pequeño que sirva como despacho del juez. Sin embargo, la inversión en la planta física y el mobiliario que requiere la implantación de los juicios orales, una vez realizada, es duradera y solo requiere mantenimiento con cierta largueza, por lo que el gasto se justifica largamente frente a los resultados.

Los locales para la realización de juicios orales deben ser ciertamente espaciosos, pero sobre esto es necesario hacer algunas precisiones. Para un tribunal que tenga competencia amplia y que, por tanto, conozca con cierta frecuencia de causas importantes, que pudieran acarrear mucho público, y de delitos menores de muy escaso público, y que solo pueda disponer de una sala de audiencias, es recomendable que esta tenga un aforo de

---

[149] .- Serie de tres juicios sumarísimos seguidos entre 1936 y 1938, en Moscú donde fueron juzgados ex-miembros del Partido Comunista, que fueron acusados de conspirar con las naciones occidentales para asesinar a Stalin y a otros líderes soviéticos, así como para desintegrar la Unión Soviética y restaurar el capitalismo en Rusia. Allí cayeron Bujarin, Zinoviev, Kamenev, Radek, Pashukannis,Stuchka, Tujachevski y otros. Trotski se salvo de esa suerte porque pudo escapar al extranjero. El objetivo politico de esos procesos fue la eliminación de todos los críticos de Stalin en el Partido Comunista.

[150].- Arnaldo Ochoa Sánchez (1935-1989) fue el más laureado de los militares de la Cuba castrista, pero como se había convertido en acerbo crítico de Fidel Castro a raíz de la Guerra de Angola, fue juzgado y condenado a muerte por un tribunal *ad hoc* bajo cargos de narcotráfico, que jamás fueron probados. La defensa estuvo a cargo de oficiales de baja graduación que se limitaron a reconocer la responsabilidad de sus defendidos y a pedir al tribunal la pena que mejor conviniera a los "intereses de la patria".

alrededor de cien a ciento cincuenta personas cómodamente sentadas, de manera que no resulte subutilizada en los juicios por delitos menores ni pequeña e incómoda en los debates de casos relevantes. Si en la sede de este tipo de tribunales existe la posibilidad de construir diversas salas de audiencias, debe existir algunas pequeñas, con capacidad para un público de alrededor de treinta personas y otras como la descrita, con capacidad mayor.

Los tribunales que solo conocen de delitos menores deben poseer salas de audiencias pequeñas, con capacidad para unas treinta o cuarenta personas en el público, pero los tribunales que solo conocen causas muy relevantes, como la llamada Audiencia Nacional española, por ejemplo, deben poseer salas con capacidad para un público de alrededor de doscientas personas cómodamente sentadas.

No obstante, el espacio destinado al *escenario judicial*, es decir, el lugar donde se sitúan los estrados para el tribunal y las partes, y el sitial para acusados y testigos, debe ser amplio y contar con alrededor de treinta y seis a cuarenta metros cuadrados, donde los sujetos procesales y los intervinientes en el juicio puedan moverse libremente y estar debidamente separados del público.

La sala de juicios debe tener, por lo menos, tres puertas independientes. Una destinada a la entrada y salida del público en general, preferentemente situada al fondo, con vista de frente al estrado del juez presidente o a un costado de la sala, pero nunca a la altura del escenario judicial. Otra puerta debe conducir al despacho del juez o jueces y solo debe estar destinada al paso de estos. La tercera puerta debe ser utilizada para la entrada y salida de los acusados presos y sus escoltas, por lo cual debe estar conectada con pasillos de acceso hacia las celdas o calabozos que debe haber en todo tribunal, de manera que los presos sean introducidos en la sala de audiencias o sacadas de allí sin contacto con el público, evitar incidentes desagradables, como para escenas sensibleras del preso con su familia o agresiones a este y a sus custodios. La llegada de los presos al edificio sede del tribunal también debe hacerse por entradas independientes a las usadas por el público y se pondrán aquellos en las celdas hasta el momento del juicio. Los testigos y peritos deberán aguardar su turno para declarar en alguna sala o cuarto contiguo. Pero donde ello no sea posible, deberán mantenerse fuera de la sala y el alguacil los irá introduciendo cuando sean llamados a declarar y velará por que no se comuniquen entre sí.

Las salas de juicio, aparte los requerimientos espaciales ya señalados, deben estar dotadas de estrados cómodos para el tribunal y las partes y sistema de audio, si la acústica no fuera buena o si el puntal fuera muy alto. También es obligatorio que en la sala estén presentes los símbolos del poder estatal, tales como la bandera y el escudo de la nación o del estado o provincia respectivo, según la justicia sea impartida en nombre de una o de otros.

Los estrados deberán ser, y por lo general lo son, de madera pintada o barnizada de color caoba oscuro y ser relativamente altos, de manera que obligue a quien se pare frente a ellos a levantar ligeramente la cabeza para observar a quienes se sienten tras ellos. Todos estos son elementos que aportan solemnidad y sobrecogimiento al acto del juicio oral; por eso no solamente se los califica de requerimientos materiales, sino también de requerimientos psicológicos, ya que no hay duda de que tienen efecto impactante sobre la mente de los asistentes al acto del juicio oral.

En este mismo sentido se concibe el vestuario de los jueces en los actos orales. En el sistema anglosajón es obligatorio el uso de togas para los jueces, bien sea en los tribunales unipersonales o en los colegiados[151], al paso que a las partes se les exige traje formal (flux con corbata). En el caso particular de Inglaterra, los abogados están obligados a usar toga, y los jueces, peluca, con tal rigor de formalidad, que una sentencia puede ser considerada nula si es pronunciada sin aquella; de ahí que se diga que la peluca es un atributo esencial de la justicia inglesa.

En Alemania, España, Cuba, Venezuela, Francia e Italia, los jueces y todos los abogados intervinientes en los actos orales (fiscales, defensores y secretarios) están obligados a usar toga, en tanto que en los dos últimos países mencionados los jueces aparecen tocados con birrete, y las togas de los abogados y de los fiscales difieren en color y ornamentos de las tradicionales de color negro, usadas por los jueces. En Rusia, Japón, Corea del Sur, Argentina, los países escandinavos y México, los jueces y las partes visten simplemente de traje formal, sin mayores ornamentos. Pero en todo caso, los actos orales en todos los países donde existe el sistema acusatorio mantienen mínima formalidad en el vestuario de los sujetos intervinientes en el juicio, condición esencial de su realización y que diferencia a esta forma de reunión pública de cualquier otra.

Otra circunstancia que debe ser destacada a la hora de analizar los requerimientos formales del juicio oral es la disposición de los sujetos procesales en la sala de juicios y, particularmente, en el escenario judicial.

En el sistema anglosajón, el juez se encuentra sentado en un único estrado, centrado al fondo de la sala, en tanto que las partes se sientan en unos mesones situados uno junto al otro de frente al estrado del juez y a unos cinco metros de distancia. El jurado se sienta en una tarima pequeña situada perpendicularmente a la izquierda del juez, de espaldas a la pared derecha de la sala, vista desde la puerta de entrada del público. El secretario y los taquígrafos se sientan en el extremo opuesto del jurado, a la derecha del juez, igualmente en ángulo recto

[151].- El COPP, en su art. 168 exige que todos los abogados que intervienen en el juicio oral (jueces, fiscales y defensores) vistan la toga. El CPP colombiano (Ley 906 de 2004) en su art. 148, exige el uso de la toga a los jueces durante las audiencias, pero no a los demás abogados intervinientes.

con este y con los mesones de las partes. De esta manera queda un espacio libre rectangular entre el juez, las partes, los jurados y los secretarios, que sirve de campo de actividad para las partes en el debate. Los testigos y expertos declaran sentados en una silla, protegida por una rejilla de madera rematada por una barra, situada junto al estrado del juez, y a su izquierda, justo junto al jurado, para que este los oiga perfectamente. Los acusados se sientan junto a sus defensores en el mesón asignado a la defensa, situado a la derecha del juez.

En los sistemas europeos las salas de juicios tienen tres cuerpos de estrados dispuestos en forma de "U", de herradura o de cuadrado abierto por el frente. En el estrado central, paralelo a la pared de fondo de la sala, se sitúa el juez o el tribunal colegiado (de profesionales o mixto). En el estrado situado a la derecha del tribunal se sienta generalmente el fiscal o fiscales, y en el de la izquierda, los abogados de la defensa. Los secretarios suelen sentarse en un estrado más pequeño situado al lado del tribunal o debajo de él. Las personas declaran de pie o sentadas, pero siempre mirando de frente al tribunal, y los acusados se sientan en un banco (banquillo de los acusados) situado frente al tribunal o a un costado de la sala, pero siempre junto al estrado de la defensa. Detrás de los acusados se sitúan los escoltas, cuando aquellos estuvieren detenidos. En este tipo de tribunales, quien preside las audiencias se sienta en el centro del estrado central, y su puesto suele distinguirse por estar un tanto más elevado que los demás o porque su silla suele tener el espaldar más alto que el de las sillas de los otros jueces.

Es claro que aquí nos referimos al llamado *juicio mayestático*, es decir, al modelo tradicional de juicio oral en el que el tribunal tiene un lugar preeminente o de majestad que le permite dirigir el debate e imponer ciertas solemnidades. El juicio mayestático se caracteriza porque el tribunal y las partes, cualquiera que sea la variante histórica de que se trate, se sitúan en forma de triángulo, y cada uno de ellos ocupa un vértice, pero de manera tal que el tribunal se encuentra en una posición más elevada y completamente de frente a las partes. El otro modelo de juicio oral en cuanto a la disposición de las partes en la sala es el llamado *juicio coloquio*, que se caracteriza porque el juez y las partes se sientan todos en torno a una misma mesa, preferentemente redonda, y debaten coloquialmente y sin mayores formalidades acerca del objeto del debate.

3.- INICIO DEL JUICIO ORAL. FACULTADES DISCIPLINARIAS DEL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA

El desarrollo histórico del sistema acusatorio ha determinado una manera casi uniforme de dar inicio a los juicios orales. Desde Argentina hasta Japón y desde Finlandia hasta Cuba, el juicio suele comenzar cuando los alguaciles anuncian solemnemente la entrada

del juez o del tribunal colegiado al recinto de audiencias, al tiempo que conminan a los presentes a ponerse de pie en señal de respeto. Para ese momento ya deben estar en la sala y en sus puestos el fiscal, los defensores, el acusado, los secretarios y todos los demás que deban intervenir, junto con el público. Los testigos y expertos que deban declarar ya deben estar prevenidos.

Una vez entrado a la sala el tribunal, quien preside conminará a todos a sentarse y acto seguido hará uso de la palabra para dar inicio formal al juicio oral[152]. En este estado, el presidente de la audiencia pronunciará una breve alocución improvisada, pero de obligado contenido y con la necesaria formalidad, que constituye la alocución de apertura. El contenido de este parlamento, en el caso de los ordenamientos continentales europeos y sus derivados, será siempre más o menos el siguiente: "Señoras y señores, se declara abierto el juicio oral y público de la causa número ..., seguida por un presunto delito de ... contra las siguientes personas ... secretario, por favor lea el acta de acusación y los descargos de la defensa".

En los países anglosajones, donde la acusación y la defensa se presentan de forma oral mediante los llamados alegatos iniciales, el juez se dirige primeramente a los jurados para exhortarlos a actuar con mesura, ecuanimidad y ponderación, y les advierte sobre la importancia suprema de su función; luego de la palabra, primero al fiscal y después a la defensa para que presenten sus alegatos de apertura.

Todos los que intervienen en el juicio oral, incluido desde luego el público, quedan sometidos a la autoridad disciplinaria del presidente de la audiencia, cuyas facultades en este sentido comprenden, según la legislación de que se trate, las siguientes:

— Amonestar, multar, expulsar o hacer arrestar a cualquier persona presente en el juicio, cuya conducta perturbe el desarrollo del acto;

— Ordenar el desalojo del público, cuando el desarrollo del juicio así lo exija;

— Ordenar el desalojo del acusado que adopte una conducta impertinente;

Todas las legislaciones coinciden en que el presidente de la audiencia debe ser sumamente cuidadoso y ponderado en el uso de estas facultades[153].

4.- CARÁCTER ININTERRUMPIDO DEL JUICIO ORAL. SUSPENSIONES Y REANUDACIONES DE LAS VISTAS. ESTRICTAS CONCENTRACIÓN E INMEDIACIÓN

Para que el juicio oral pueda tener éxito debe desarrollarse, en lo posible, de manera continua e ininterrumpida. Esto quiere decir que el tribunal que está conociendo de un

[152] Véase COPP art. 344.
[153] Véase COPP art. 341.

proceso penal en fase de juicio oral no debe comenzar a conocer de otro juicio oral hasta cuando termine con el que tiene en curso. De tal manera, si por lo extenso y complejo que resulte el debate penal en un juicio dado este no puede ser concluido en la audiencia de un día laboral cualquiera, entonces las próximas sesiones del tribunal de esa causa tendrán que estar dedicadas a continuar el juicio iniciado.

Las suspensiones del juicio oral pueden ser agrupadas en dos grupos:

a) Las intrafechas y

b) Las extrafechas.

Se llaman suspensiones intrafechas aquellas en que la reanudación del juicio se produce dentro del mismo día de la suspensión, por lo que se las conoce también como recesos o suspensiones momentáneas. Las más frecuentes son las que se producen para almorzar o para cenar o para satisfacer cualquier tipo de necesidad fisiológica de los sujetos procesales. También pueden ocurrir por razones técnicas como fallas de audio, video o ventilación, y por demoras avisadas de testigos o peritos.

En las llamadas suspensiones extrafechas la reanudación del juicio debe ocurrir en fecha distinta de aquella en que se produce la interrupción. Este tipo de suspensión ocurre cuando se produce una indisposición repentina de alguno de los sujetos procesales, cuando el número de intervinientes en el juicio es tan grande que no permite evacuar toda la prueba y los informes en una sola audiencia, o cuando, ya escuchados todos los testigos y peritos comparecientes y antes de sus conclusiones e informes orales, las partes solicitan la suspensión para hacer comparecer a testigos o peritos que consideran imprescindibles para el triunfo de sus posiciones procesales.

En todo caso, las legislaciones más diversas concuerdan en que, en aras de la inmediación más estricta, todo juicio que permaneciere suspendido por un período relativamente largo (entre quince días y un mes) debe ser anulado y comenzado de nuevo. Si el juicio se reanuda como continuación del ya empezado, los jueces o jurados que intervengan en la reanudación deben ser los mismos que participaron en las sesiones anteriores, pero si se anula todo lo actuado y se inicia nuevamente el juicio, entonces nuevas personas podrán formar parte del tribunal o del jurado.

Finalmente es necesario destacar que las suspensiones son siempre acordadas por los tribunales a su prudente arbitrio, bien sea a instancia de parte o de oficio, sin que las legislaciones suelan fijar reglas a que deban atenerse los jueces a la hora de acordarlas.

5.- LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS EN EL JUICIO ORAL. CONDUCTA DE LAS PARTES. TÉCNICAS DE INTERROGATORIO. OBJECIONES Y SEÑALAMIENTOS

La práctica de la prueba en juicio oral se sigue bajo dos sistemas claramente diferenciados:

a.- El sistema de *bloques de partes*, propio delsistema adversarial anglosajón; y

b.- El sistema de *bloques de medios*, característicos de los sistemas acusatorios eurocontinentales,

El sistema de bloques de partes consiste en que, luego de pronunciados los discursos de apertura y habida cuenta que los procedimientos anglosajones no contemplan, en principio, la declaración del acusado, se comienza el debate probatorio con la presentación de toda la prueba de la parte acusadora (fiscalía) y cuando ésta ha concluído totalmente, es que se pasa a la evacuación, práctica o desahogo de toda la prueba de la defensa. Es por esto que a este sistema se le denomina *bloques de partes*, pues las pruebas, a los efectos de su práctica o presentación, se agrupan en dos bloques, atendiendo a las partes que las promovieron u ofrecieron, comenzando siempre por las de la fiscalía, como corresponde a la naturaleza de un sistema acusatorio absolutamente adversarial o de partes adversas.

Hay que destacar, que este sistema se hace posible por el hecho de que, en el mundo anglosajón, cada parte es responsable de llevar a juicio a sus testigos y peritos, lo que facilita el control de su asistencia, a diferencia del sistema continental europeo, que privilegia la citación de los órganos de prueba por el tribunal y faculta al juez presidente a variar el orden de recepción de la prueba, lo que a veces puede conducir a la práctica inicial de la prueba de descargo, en desmedro del derecho a la defensa.

El sistema de bloques de medios, propio del juicio eurocontinental, consiste en la práctica de la prueba, agrupando todos los medios probatorios de un mismo tipo (testigos, expertos, documentales, etc.), con independencia de quien los haya ofrecido, para ser presentados en ese orden: primero se oyen a todos los testigos de una u otra parte, luego igualmente a todos los peritos, luego se examinan de la misma manera todos los documentos y así sucesivamente. Los defensores de este sistema alegan que no hay peligro de confusión en ello, porque en el sistema continental, a diferencia del anglosajón, la decisión es de derecho y no de conciencia, ya que las decisiones emanan de tribunales donde interviene al menos un juez profesional y no de un jurado formado completamente por pesonas legas.

Ahora bien, la mayoría de los ordenamientos procesales que han acogido el sistema acusatorio en el procedimiento penal, con excepción de los anglosajones, comienzan la práctica de la prueba con declaración de los acusados, la mal llamada prueba de *confesión* en algunas legislaciones. En realidad no puede hablarse de *confesión*, porque, en primer lugar, como ya hemos dicho, la mayoría de los ordenamientos constitucionales modernos proscriben la autoincriminación y confieren a los acusados el derecho de abstenerse de declarar en su propia causa y, en segundo lugar, porque el contenido de la declaración de los

acusados, si acceden a ello, no siempre es confesional, sino todo lo contrario, de defensa. La implacable lógica de los anglosajones no contempla la posibilidad de que deba llamarse a declarar al acusado, a menos que él y su defensor lo pidan, ya que el juicio oral se produce precisamente porque el acusado se ha declarado inocente, hoy generalmente en la fase intermedia, y se supone que si declara lo hará para defenderse o excusarse y no para confesar.

En realidad, los juicios orales en los sistemas europeos se inician con la convocatoria del acusado a declarar, con la advertencia de que tiene derecho a abstenerse de hacerlo[154]. Si el acusado se acoge al precepto constitucional que lo relva del deber de declarar, se le ordenará sentarse y el juicio continuará su curso; pero si accede a declarar, lo normal es que se le inste a explicar todo lo concerniente a los hechos que se le imputan y luego se les concederá la palabra a las partes, en comienzo a los acusadores (fiscal, acusador privado y acusador popular, en ese orden) y luego a los defensores, para que formulen las preguntas que tengan a bien realizar. El acusado tiene derecho a negarse a responder aquellas preguntas que pudieren incriminarlo.

Una vez escuchado el testimonio de los acusados, si se prestaron a darlo, o no habiéndolo hecho, la inmensa mayoría de las legislaciones establecen que se debe escuchar a los testigos, aun cuando hay legislaciones que equiparan el testimonio de los peritos al de los testigos y, por tanto, se pueden escuchar en cualquier orden.

Los testigos deben ser promovidos o propuestos por las partes mediante listados que se deben entregar al tribunal, junto con sus escritos de calificación (acusaciónes) y descargos (contestación), en la fase intermedia, para que puedan ser conocidos con antelación por las partes contrarias y evaluada la pertinencia de sus testimonios por el tribunal (*discovery*, *admisión or exclusion*).

Los testigos pueden llegar al juicio por dos vías distintas. Hay ordenamientos procesales que establecen que cada parte debe encargarse de traer al debate a los testigos y peritos que haya propuesto y que le hayan sido admitidos como medios de prueba. Hay otras legislaciones, en cambio, que prevén la citación judicial de los testigos previamente promovidos por las partes y admitidos por el tribunal, que será el encargado de citarlos oficialmente para que asistan al juicio oral y, en caso contrario, hacerlos comparecer por la fuerza pública. Esta última solución, si bien es menos cónsona con el principio acusatorio y más intervencionista, es mucho más garantista y favorecedora de los menos acaudalados.

Después que el testigo es llamado a declarar, quien presida el debate deberá interrogarlo acerca de sus generales para comprobar que se trata de la misma persona que ha sido propuesta o promovida. A continuación el juez presidente suele imponer al testigo de su

[154] Véase COPP, art. 347.

obligación de ser veraz, so pena de incurrir en perjurio, y le tomará el juramento de rigor. Después se les concederá la palabra a las partes para preguntas y repreguntas, comenzando por aquel que haya propuesto al testigo. El orden de declaración de los testigos es siempre el siguiente: primero declaran los testigos de cargo, es decir, los de la acusación, y luego los de descargo, esto es, los de la defensa.

En algunos ordenamientos procesales se autoriza a quien preside las audiencias a preguntar primero, antes que las partes, al testigo, e incluso a conminarlo a expresar libremente y de inicio lo que sabe de los hechos debatidos. Esto podría ser inconveniente, en primer lugar, porque contraviene las reglas del debate acusatorio y de la carga de la prueba, y porque los testigos, cuando se los conmina a relatar suelen divagar e incurrir en imprecisiones, con la consiguiente pérdida de tiempo y de eficacia de su testimonio. Es mucho mejor que cada parte se encargue de interrogar a su testigo, y la parte contraria, de repreguntarlo, de manera precisa y certera, sobre los puntos concretos del debate. Las preguntas a los testigos deben ser directas y concretas y estar estrictamente referidas a los puntos del debate, siempre dentro del campo preciso sobre el que puede ser eficaz el testimonio y nunca se debe solicitar del testigo juicios de valor o elementos referenciales sobre otros medios de prueba. Tampoco debe hacérsele al testigo preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

Las preguntas dejan de ser directas y concretas si contienen rodeos, circunloquios, preámbulos o supuestos innecesarios.

Las preguntas capciosas son aquellas que condicionan la respuesta del testigo a ciertas afirmaciones interesadas del interrogador, como sería el caso de quien preguntare a un testigo, con ánimo de descalificarlo: "Y usted, como homosexual que es, se alejó del lugar ¿no es cierto?". Esa pregunta es capciosa, porque si el testigo dice simplemente "si" o "no", estaría admitiendo tácitamente su condición de homosexual. Son también capciosas las preguntas que comprometen al testigo con una respuesta *a priori* por vergüenza de sí mismo, como cuando se le pregunta a un testigo de cargo en juicio de homicidio por razón de honor: "¿Y usted que haría si su esposa lo engañase con otro, como en el caso de mi defendido?". Es claro que aquí la defensa estaría forzando al testigo a decir: "Yo la mataría, señor".

Es sugerente la pregunta que lleva implícita la respuesta, como preguntas del siguiente tenor: "¿No es cierto que el acusado no tenía intención alguna de apropiarse del dinero y que usted lo sabe porque él se lo dijo a ustedes en la funeraria durante el velorio de su señora madre?

Se incurre en falta al interrogar igualmente, cuando se le pregunta al testigo: "¿Está usted de acuerdo con lo expresado aquí por el testigo fulano de que el acusado mengano fue quien se apoderó del dinero?" o "¿No cree usted que la ofensa causada por la víctima al

acusado, al llamarlo públicamente, frente a familiares y amigos, «cara de ...», por más de diez años, no es causa suficiente para que este lo hubiere matado por ofuscación y vindicación próxima de ofensa grave?". Estas preguntas son inadmisibles porque, en el primer caso, el testigo debe dar fe de lo que personalmente sabe y no avalar testimonios ajenos, menos aún cuando se supone que no debe conocerlos, y en el segundo caso, porque no es función de la prueba testifical la obtención de juicios de valor de los testigos, ya que ello carece de relación con su conocimiento directo de los hechos. Los juicios de valor deben ser expuestos por las partes en sus informes para ser apreciados por el tribunal.

Estas situaciones irregulares que hemos apuntado en torno a los interrogatorios evidencian la intención de quien pregunta de obtener ventajas ilegítimas mediante la manipulación de los testigos, que sorprendidos en su buena fe pueden emitir respuestas que favorezcan la postura procesal del interrogador. En estos casos la parte contraria tiene derecho a interrumpir al que pregunta para formular su objeción o protesta dirigiéndose al presidente. Así, el presidente (aun cuando sea un tribunal colegiado y por razones de estricta economía de tiempo) debe resolver de inmediato sobre la pertinencia o no de la objeción. En estos casos se demuestra la vivacidad y atención de los buenos juristas, pues la objeción no debe esperar a que la respuesta comience a producirse, sino que se debe captar la intención malsana del interrogador tan pronto articule las primeras palabras.

Durante la prueba de testigos, y cuando el tribunal lo considere necesario, de oficio o a instancia de parte, se puede proceder al careo entre testigos o entre estos y acusados, siempre y cuando estos se presten a ello, ya que, y no está de más recordarlo una vez más, los acusados están generalmente dispensados de la obligación de declarar en su propia causa.

El testimonio de los *expertos* o *peritos* sigue las mismas reglas de la deposición de los testigos, con la salvedad, quizá, de que el testimonio del perito debe ajustarse estrictamente al campo de su especialidad, a su experiencia, a los dictámenes o informes que haya emitido y a las conclusiones a que haya llegado. Normalmente pueden intervenir como peritos o expertos en el juicio oral aquellas personas tituladas en la materia respectiva, o que careciendo de título demuestren vasta experiencia en el tema, bien sea que hayan emitido dictámenes durante la investigación y deban explicar sus asertos, bien se los traiga para desvirtuar las opiniones de otros expertos y deban explicar sus asertos, o se los traiga para desvirtuar las opiniones de otros expertos.

Una vez examinados los peritos se suele pasar a la práctica de la prueba material y documental existente, y a la lectura de los resultados de la prueba anticipada, si la hubiere. Luego, en algunas legislaciones es costumbre autorizar el examen de testigos y documentos no propuestos originalmente por las partes, siempre a consideración del tribunal. En este estado el tribunal puede preguntar a las partes si renuncian a los testigos o peritos

originalmente promovidos y admitidos, que no hayan comparecido al juicio oral; a esto las partes podrán responder que los renuncian, o que, por el contrario, los consideran indispensables. Si alguna de las partes considera necesario cierto testimonio de un testigo o de un perito que no ha comparecido y el tribunal así lo acuerda, se suspenderá el juicio para citarlos nuevamente o hacerlos comparecer por la fuerza pública. Si el tribunal desecha el pedimento, el juicio continuará su curso.

De forma excepcional, durante el desarrollo del juicio oral se pueden ordenar, a instancia de parte y más raramente de oficio, inspecciones de lugares situados fuera de la sede del tribunal, que revistan especial importancia para el esclarecimiento de los hechos, reconstrucciones de hechos y experimentos de instrucción.

6.- INCIDENCIAS NOTORIAS EN EL JUICIO ORAL

En el desarrollo de un juicio oral suelen ocurrir situaciones no previstas, pero muy notorias, que rompen completamente los marcos del debate penal. Estas situaciones han sido identificadas por la doctrina como:

A.- Los errores de calificación.

B.- Las revelaciones inesperadas.

C.- La insubsistencia de la acusación.

D.- La confesión súbita.

A.- Los errores de calificación

Son aquellos en que incurren los acusadores al determinar el tipo penal en que debe subsumirse los hechos imputados. El error en la calificación se aprecia con toda nitidez en el juicio oral, una vez cumplida la evacuación de toda la prueba, cuando se hace evidente que los hechos han sido probados tal como han sido imputados, pero la calificación que les fue conferida por la acusación no corresponde en modo alguno a la realidad.

El error de calificación puede ser *in peius* o *in bonus*, según la posición jurídica del acusado. Será *in peius* cuando el error perjudica al acusado, porque la calificación real de los hechos imputados es más benigna que la realizada en el escrito de acusación. Esta situación es peligrosa para el imputado, pues si ni él mismo, ni su defensor y ni siquiera el tribunal, advierten el yerro, podría ser condenado en exceso. En este caso, cuando los acusadores adviertan que los hechos acreditados en el debate constituyen delito menos grave que el propuesto inicialmente en la acusación, deben tener la hidalguía suficiente para reconocerlo y actuar en consecuencia, moderando el rigor de la acusación y asumiendo el error en su informe, bien sea de oficio o a instancias del tribunal o de la defensa.

El error será *in bonus* cuando beneficia al acusado porque los hechos merecen una calificación más grave que la originalmente establecida en la acusación y, de no ser advertido el error, el acusado declarado culpable podría obtener una sentencia ilegítimamente benigna. En este caso no puede hablarse de ampliación de la acusación, pues esta, allí donde es permitida, se refiere a la adición de nuevos hechos a la imputación, en tanto que aquí se trata solamente de agravar la calificación sin alterar los hechos. Procede entonces que los acusadores modifiquen la calificación jurídica antes de los informes finales de la defensa, sin que ello signifique violación de los principios del sistema acusatorio, pues los hechos imputados no se alterarían en absoluto. Ya sabemos que cuando los acusadores no modifiquen voluntariamente la calificación el tribunal podrá exhortarlos a ello valiéndose de la institución de la advertencia de nueva calificación o de la fórmula o tesis compositiva española, así llamada porque su finalidad es justamente componer la acusación en punto a la calificación.

B.- Las revelaciones inesperadas

Son aquellas comprobaciones de nuevos hechos que se producen sorpresivamente en el curso del juicio oral y que alteran por completo los marcos *fácticos* del debate. Si bien los errores de calificación atañen estrictamente al derecho debatido, las revelaciones inesperadas conciernen solo a los hechos y se producen cuando aparece algún testigo que inesperadamente confirma una agravante o una coartada, o atribuye la autoría del hecho imputado a persona distinta del acusado, que puede ser el mismo declarante. En estos casos es conveniente suspender el curso del proceso para proceder a la ampliación de la acusación, o, de no ser ello posible, anular lo actuado hasta el momento y reponer el juicio al estado de sumario para practicar la investigación respectiva, con objeto de verificar si efectivamente los nuevos hechos tienen influencia decisiva en el proceso. Si se comprueba la coartada del acusado, la existencia de una eximente o causa de justificación o el error en persona en cuanto al autor del delito, el acusado original debe ser sobreseído o absuelto, y si se comprueba la existencia de agravantes o atenuantes, simplemente variará la acusación en esos términos.

C.- La insubsistencia de la acusación

Es realmente un vicio del efecto filtrante de la fase intermedia y consiste en la falta de fundamento de la acusación, que solo ha podido ser apreciada por medio del rigor del debate penal. En este caso lo que procede es que el acusador retire la acusación, pero de esto hablaremos más adelante.

D.- La confesión súbita

Se produce cuando el acusado, que ha estado renuente a reconocer su culpabilidad durante todo el juicio, se rinde a las evidencias y, una vez practicada toda la prueba o durante la evacuación de esta, decide confesar. Esta situación, en el sistema anglosajón producirá el fin automático del juicio y la ulterior condena del acusado sin necesidad de veredicto del jurado, pero en los sistemas de inspiración europea no tendrá más efectos que los emotivos, ya que en estos sistemas todo delito debe ser probado con independencia del testimonio del acusado, de su cónyuge o de sus parientes más cercanos[155].

7.- LAS VARIACIONES DE LA ACUSACIÓN EN EL JUICIO ORAL

[155].- Es dudoso que en el sistema del COPP, la confesión súbita pueda canalizarse a través de la figura de la Admisión de los Hechos. En todo caso, si la confesión súbita se produce, deberá valorarse como una prueba más a la luz de la sana crítica.

Al tocar el problema de la insubsistencia de la acusación, dijimos que se trataba de una falla en la labor de filtro que debe ejercer la fase intermedia sobre el sustento de la imputación. Suele ocurrir que una acusación aparentemente sólida puede venirse abajo por debilidad de sus pilares, al parecer muy robustos pero carcomidos por dentro. Imaginémonos por un momento una acusación que descansa en el aparentemente fiable testimonio de dos personas que dicen haber visto al acusado salir de la escena del crimen el día de marras, y que luego se demuestre que estas personas formaban parte de una bien montada trama para inculpar al acusado y esto sea puesto de manifiesto en el juicio. Esta circunstancia, incuestionablemente, pudo haber sido detectada en la fase de investigación, pero tal vez no lo fue en lo que hemos dado en llamar el *síndrome vectorial de la acusación*, que no es otra cosa que la simple y vulgar predisposición o parcialidad del acusador que lo lleva a actuar solamente en una sola dirección: la que conduce a la reafirmación de la tesis acusatoria (de ahí lo de vectorial).

En otras palabras: el sujeto responsable de la investigación no puso demasiado interés en investigar aquello que podía destruir su tesis preconcebida, pues al fin y al cabo él ya tenía su culpable y, si lo desechaba, ¿dónde encontraría otro y cómo quedaría ante el público? Esto solo demuestra el valor de la contradicción como elemento esencial y desplegado del juicio oral.

Ahora bien, ¿qué debe hacer el acusador cuando se encuentra ante una clara situación de insubsistencia de la acusación?

Se ha dicho que el fiscal, como representante de la "vindicta pública", debe sostener a todo trance la acción penal emprendida y no puede retirarla después que la ha ejercido plenamente, es decir, después que ha acusado. Todo ello en acatamiento de los requerimientos de indisponibilidad de la acción penal que el principio de oficialidad entraña. Esto, sin embargo, no pasa de ser mero imperativo moral destinado a proteger a las víctimas del delito de la irresponsabilidad probable de fiscales displicentes.

Sin embargo, ante una verdadera situación insostenible de la acusación una vez evacuada la prueba en el juicio oral, lo aconsejable, si hay honradez y decoro, es retirarla, es decir, desistir de acusar, lo que obligará al tribunal, en principio, a declarar terminado el proceso y a absolver libremente al acusado.

Pero, la retirada o desistimiento de la acusación supone muchos problemas técnico-procesales y de conciencia.

Desde el punto de vista técnico procesal, la retirada de la acusación puede dar lugar a las siguientes situaciones:

a) En las causas donde concurre el fiscal con otros acusadores, privados o populares, es necesario determinar si estos concurren con el carácter de acusadores principales o de

adherentes. Si los acusadores privados o populares concurren al proceso como acusadores principales, es decir, sustentando sus propias tesis acusatorias, independientes de las del fiscal, entonces la retirada de la acusación de este solo surte efectos para su pretensión pública punitiva, pero el tribunal deberá resolver en la sentencia sobre la pertinencia de la acusación del acusador privado o del acusador popular. En cambio, si los acusadores privados o populares son simples adherentes de la tesis acusatoria del fiscal, entonces la retirada de este deja sin efecto las posiciones procesales de aquellos.

b) Si el fiscal es acusador único y retira la acusación, el tribunal debe absolver, a menos que el ordenamiento jurídico le permita al tribunal asumir la acusación en los mismos términos que fue presentada (procedimiento de fórmula compositiva).

c) Si el fiscal mantiene la acusación y los acusadores privados la retiran, el tribunal deberá resolver conforme a la acusación del fiscal.

Desde el punto de vista de la conciencia, la retirada de la acusación suele presentar también innumerables problemas a los fiscales y a los acusadores particulares, pues a veces, incluso ante situaciones clarísimas de insubsistencia de la acusación, los fiscales del ministerio público se niegan a retirar la acusación. Esto es perfectamente explicable desde el punto de vista de la siempre imperfecta naturaleza humana, pues la retirada de la acusación supone la admisión de una grave falla de sustanciación del proceso, que pone en evidencia a su autor frente a la sociedad y a los intereses que debe patrocinar. Por consiguiente, es muy raro que se produzca el desistimiento o retirada de la acusación por los acusadores privados o populares, ya que tendrían que dar lugar a los ciudadanos que les han pagado o confiado en ellos para tal cometido. Y aunque no tan rara como la anterior, la retirada o desistimiento de la acusación de los fiscales supone igualmente cierto fracaso institucional que puede comprometer su carrera, su ascenso o su elección para un nuevo período, según el caso. Por esta razón los acusadores, la mayoría de las veces incurriendo en cobardía inexcusable, prefieren mantener sus tesis acusatorias y dejar en el tribunal la responsabilidad completa de absolver.

La ampliación de la acusación es la adición, durante el debate, hecha por el fiscal o el acusador privado, de nuevos hechos o circunstancias que no hubieren sido mencionados en sus actas de acusación o conclusiones provisionales, y la modificación de los marcos fácticos del proceso, en aras de la búsqueda de la verdad material pero con indudable detrimento de las reglas del sistema acusatorio, pues nunca el acusado podrá remontar esa cuesta en absoluta igualdad de condiciones.

8.- LOS INFORMES CONCLUSIVOS O ALEGATOS FINALES DE LAS PARTES

Una vez practicada toda la prueba y definidas las posiciones de las partes sobre acusación y descargos, el juez presidente concederá la palabra a las partes para sus informes orales, comenzando por los acusadores; luego hablarán los demandantes civiles, continuarán los defensores y finalizarán los defensores civiles, si los hubiere y si la ley los permitiere.

El informe oral de cada una de las partes debe ser una pieza oratoria improvisada que debe tener por obligatorio contenido el análisis de la prueba practicada en el acto del juicio oral, la explanación de la tesis procesal y las pretensiones que dicha parte ha venido a sustentar al juicio, con el apoyo de tantos, comentarios jurisprudenciales, citas, estadísticas o acotaciones cuantos sean necesarios.

Como se ha dicho, el discurso forense que todo informe conclusivo entraña debe ser *improvisado o esquematizado* y, por tanto, no puede ser leído, aunque se permita el uso de anotaciones como ayuda, o la lectura de citas de libros o recortes de prensa. En esto coinciden todas, absolutamente todas las legislaciones procesales del mundo que establecen el juicio oral.

A.- Las formas del discurso en el informe forense

Existen cuatro tipos de discursos, según su forma de exposición:

- El discurso leído.
- El discurso memorizado.
- El discurso esquematizado.
- El discurso improvisado.

El *discurso leído* puede ser preparado con lujo de detalles antes del juicio, incluso la gesticulación. Es particularmente efectivo en ocasiones solemnes donde el tema y el público son conocidos del orador. Contrariamente a la opinión de muchos, que el discurso leído sea escrito y preparado con anterioridad, no le resta atractivo, pues de tratarse de una pieza oratoria de contenido culto, pronunciada por una persona de voz vibrante, excelente dominio del arte de la lectura en voz alta y suficiente habilidad histriónica, puede alcanzar verdaderas cotas de brillantez. Sin embargo, este tipo de discursos no tiene cabida en los juicios orales, pues en estos no se permite leer.

El *discurso memorizado* es una variante del discurso leído, pues se trata del mismo discurso, con sus ventajas y desventajas, solo que en lugar de ser leído ante el público es memorizado por el orador para luego declamarlo ante la audiencia. Este tipo de discurso requiere magnífica memoria, pues en eso nadie podría ayudarlo. Dicen que el político español Emilio Castelar y Ripoll, uno de los más grandes oradores de todas las épocas, que asombró a sus contemporáneos con sus brillantes piezas improvisadas, no era en realidad improvisador, sino gran memorista, pues se dice que a su muerte fueron encontrados sus discursos escritos, lo que ha hecho presumir que los preparaba con antelación y los memorizaba. Es un método de dudosa utilidad en los juicios orales y podría llevar al ridículo a quien olvidase pasajes del discurso y no pudiese luego armar el rompecabezas.

El *discurso esquematizado* se basa, como su nombre lo indica, en un esquema previamente elaborado, que contiene los puntos esenciales que se han de tratar. Es aceptado en los juicios orales, pues generalmente las legislaciones permiten que los informantes se apoyen en anotaciones, rotafolios o proyecciones en los que esté contenido el esquema.

El *discurso improvisado* es un discurso creado sobre la marcha y constituye la suprema expresión de la oratoria, pues para pronunciarlo es necesario que el orador posea gran cultura, conocimiento exhaustivo del tema o los temas que debe tratar y dominio de las técnicas básicas de la oratoria. Es el más apropiado para los informes en el juicio oral penal, ya que el carácter repentino e imprevisto del desarrollo del debate penal minimiza las posibilidades de preparación. El discurso improvisado, para ser verdaderamente eficiente, debe ser también esquematizado, es decir, el orador debe tener muy claros los principales puntos que hay que tratar en su discurso y prever convenientemente la forma de enlazar cada uno de esos temas, que ya es de suyo, un esquema.

B.- Estrategia del discurso improvisado

A continuación mostramos un sencillo esquema de cómo abordar el discurso improvisado. Obsérvese que el secreto consiste en comenzar lentamente e ir elaborando las ideas subsiguientes desde las mismas larguezas de las anteriores y desde los silencios. Cada oración deberá ser absolutamente consecuente con la anterior, de manera que el discurso mantenga su coherencia y estilo.

	mentalización
	ordenación del texto (esquematización)
a.- Momento previo	inspiración
	resolución

generación de expectativa

b.-Etapa de comienzo visualización del texto (repaso mental)

inicio (preferentemente justificante en los primeros minutos)

argumentos generales

c.-Argumentación argumentos particulares (citas, ayudas, etc.)

conclusión parcial

d.- Otras tesis (si las hubiere)

e.- Resumen general

f.- Conclusiones

C.- Estructura del discurso forense

El discurso forense consta de las siguientes partes:

i.- Vocativo y Exordio:

Es el llamado de atención que se les hace a los destinatarios para que tomen plena conciencia de que el orador los toma como tales. Sin embargo, la función principal del exordio no es de orden ceremonial o protocolar, sino psicológica, pues sirve para que el orador vaya tomando confianza en sí mismo y ordenando sus ideas para arrancar.

ii.- Introducción:

Es una parte del discurso destinada a sentar las bases generales de lo que va a ser tratado. No todos los discursos requieren introducción, sino solamente aquellos que van a fundarse en un presupuesto teórico o práctico general. En tal caso, la introducción estará destinada a explanar esos presupuestos.

iii.- Cuerpo:

El cuerpo es el núcleo del discurso. En él estarán contenidos sus argumentos y la tesis fundamental. Cuando la tesis del discurso se enuncia antes de los argumentos que la abonan o corroboran, se dice que estamos en presencia de un discurso justificante. Cuando los argumentos preceden a la tesis, estamos ante un discurso sintetizante. El cuerpo del

discurso forense debe necesariamente contener como tesis la postura de la parte que lo pronuncia ante los hechos que se ventilan, es decir, si el acusado es responsable o no, cuál es su grado de participación, etc., y los argumentos deben consistir en el análisis de los hechos, de la participación y de la prueba practicada en el juicio oral.

iii.- Conclusión:

En ella se debe realizar el pedimento o los pedimentos finales al tribunal, según la tesis que hemos deducido. Así, por ejemplo, si hemos sostenido a lo largo del discurso la tesis de la inocencia de nuestro defendido, entonces el pedimento o petitorio de nuestras conclusiones tiene que ser la libre absolución de este.

Por lo general, ninguna legislación establece *a priori* límites de duración a los informes orales de las partes. Muy por el contrario: todas consagran el principio de la libertad del informante y poseen normas para protegerlo en el uso de la palabra, y no les concede a los presidentes de audiencias la facultad de interrumpir a los informantes más que cuando incurran en apología del delito, ofensa a la moral o abuso en el uso de la palabra por lo repetitivo del discurso o por su pobreza expresiva. Algunas legislaciones establecen, empero, la facultad de los jueces para establecer límites igualitarios a los oradores, cuando sean muchos los que deban intervenir o cuando la complejidad del asunto así lo aconseje.

Algunas legislaciones establecen el derecho de réplica y contrarréplica de las partes, pero ello parece francamente excesivo, pues el discurso forense no debe ir dirigido a soliviantar a las otras partes, sino simplemente a postular una tesis frente al tribunal, y ello no justifica refutación alguna.

9.- EL CONTENIDO DE LOS INFORMES ORALES SEGÚN LAS TESIS ESGRIMIDAS POR LAS PARTES

En términos generales, en sus informes orales las partes expondrán los hechos que consideren probados en el juicio, su calificación legal, la participación que en ellos hayan tenido los acusados y la responsabilidad civil que hayan contraído estos u otras personas, las cosas que sean su objeto o la cantidad en que deban ser reguladas para los efectos de la responsabilidad civil.

Este es el contenido mancornado u obligado del discurso forense en los informes orales en cuanto a su contenido *in extenso* o temático, pero en realidad la forma o el orden interno en que tales contenidos pueden conjugarse es infinitamente variado y dependerá no solo del carácter de los hechos debatidos, sino de la pasión que puedan encerrar y de la mayor o menor habilidad de los discursantes.

Por tanto, no es igual la emoción que puedan suscitar los juicios por hechos políticos, por homicidios pasionales o por asesinatos en serie, que la que puedan despertar los juicios por hurtos de lavanderas. Tampoco es comparable la expectativa que generan los juicios con acusados célebres, que aquellos en los que se procesa a simples e ignotos mortales.

Habida cuenta de estas circunstancias, el contenido de los informes orales de las partes, según las posiciones procesales que sustentan y las tesis que esgrimen, ha sido clasificado por la doctrina, tanto para el caso de los acusadores como de los defensores.

Las tesis sustentables por los acusadores van desde las llamadas posiciones de afirmación extremas hasta las llamadas posiciones dubitativas, pasando por las moderadas. Las tesis de afirmación extremas son aquellas en que el cúmulo de evidencias acusatorias es tal que les dan considerable ventaja a los acusadores, que, según su carácter se los permita, pueden arremeter contra los acusados con virulentos discursos destinados no solo a apabullarlos con la evidencia de su culpabilidad, sino también a execrar el hecho imputado. Este tipo de discursos permite a los acusadores pontificar sobre la nocividad social de los hechos perseguidos, e incluso a ensayar planteamientos sociológicos y de política criminal.

Cuando los acusadores no las tienen todas consigo, como usualmente ocurre en toda clase de procesos penales, en los que casi siempre existe la posibilidad de explotar alguna duda razonable, ya sea en el sentido fáctico o de la calificación jurídica o la pena que se va a imponer, suelen adoptar posiciones moderadas o dubitativas. Se considera moderado el discurso acusatorio que no puede blasonar categóricamente el triunfo de su tesis en el juicio oral y que requiere argumentos para calzar los puntos flacos de la acusación o que simplemente los pasa por alto; entre tanto, se considera dubitativo el discurso que funda una alternativa, explícita o implícita, que implica, a su vez, el reconocimiento de que la tesis principal de la acusación es insostenible. Este último es el caso de los informes que tratan de fundar una acusación que debió ser retirada.

Las posiciones de los defensores van desde las llamadas tesis de ruptura sustancial hasta las denominadas posiciones de aceptación total.

Se considera ruptura sustancial a la tesis que tiene como base la aceptación de los hechos pero que cuestiona la legitimidad del régimen que los juzga. Sin embargo, las posiciones de la defensa pueden ser de ruptura moderada cuando se niegan los hechos pero se cuestionan los fundamentos del régimen o se denuncia una conjura.

Las tesis de aceptación de la defensa van desde la admisión de los hechos bajo el alegato de falta de tipicidad o de existencia de una causal de justificación, pasan por la aceptación que aboga por una calificación más benigna y llegan hasta la aceptación total de los hechos y de su calificación jurídica, también llamada aceptación plena, que solo implora la mera clemencia del tribunal.

10.- LA DOCUMENTACIÓN O REGISTRO DEL JUICIO ORAL

La documentación o registro del juicio oral se efectúa sirviéndose de dos medios fundamentales: el acta del juicio oral y las grabaciones de audio o video.

El acta del juicio oral tiene dos funciones específicas: una consiste en dar fe de la ocurrencia del acto o de cada una de sus sesiones, si fueren varias, con expresión de las personas que intervinieron y en calidad de qué lo hicieron, y de los principales incidentes allí suscitados; y la otra, recoger con el mayor detalle posible el desarrollo del debate en cuanto a los argumentos de las partes, la declaración de testigos y peritos y las decisiones interlocutorias adoptadas por el juez en las audiencias.

De tal manera, el acta del debate puede ser de decisiva importancia para el conocimiento de lo ocurrido en el juicio, pero su forma y contenido varían grandemente según la postura que se adopte respecto a la forma de apreciación de la prueba y al valor que se le conceda a la oralidad como fuente de valoración del contenido del debate.

Por estas razones, el acta del juicio oral ha tomado históricamente dos formas concretas:

a.- El acta sucinta.

b.- El acta exhaustiva o registro del debate.

El *acta sucinta* es aquella que solamente contiene la fecha y la hora de comienzo y de terminación del juicio oral, junto con el nombre del lugar donde se ha efectuado y los nombres y apellidos de las personas intervinientes como jueces, jurados, secretarios, alguaciles, fiscales, defensores, testigos y peritos. Este tipo de acta es característica de los sistemas acusatorios de instancia única, que como ya explicamos, son aquellos donde los alegatos de las partes y la práctica de la prueba se verifican de manera exclusivamente oral ante el tribunal de juzgamiento y todo ello debe ser apreciado en esa fuente, sin que pueda escriturarse el contenido de los debates, es decir, sin que se permita recoger los dichos de las partes, de los testigos o de los expertos.

El juzgamiento oral en única instancia impide atacar en los recursos los fundamentos de hechos que pudo tener el tribunal o el jurado para llegar a su convicción, y tampoco permite la impugnación de la sentencia de primera instancia sobre la base de errores en la apreciación de la prueba. Esta situación puede apreciarse claramente de la interpretación concordada de los artículos 741 y 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española y de sus correlativos de la Ley de Procedimiento Penal cubana (arts. 359 y 360), que expresan:

> "Art. 743. El Secretario del tribunal extenderá acta de cada sesión que se celebre, y en ella hará constar *sucintamente* cuanto importante hubiere ocurrido.
> Al terminar la sesión se leerá el acta, haciéndose en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si el tribunal en el acto las estima procedentes.

Las actas se firmarán por el presidente e individuos del tribunal, por el fiscal y por los defensores de las partes".

> "Art. 741. El tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta ley".

Comentando estos artículos, y en particular el último, los profesores cubanos ALBERTO DEL JUNCO y JOSÉ PORTUONDO, aseguraban:

> "Garantizan la libre apreciación de la prueba y nuestro régimen marcadamente acusatorio, debiendo tenerse en cuenta que no cabe recurso alguno contra la apreciación que el tribunal haga de la prueba"[156].

Este es realmente el punto flaco o talón de Aquiles del llamado juzgamiento en única instancia y de la libre apreciación de la prueba, que ha dado lugar, y nuestra experiencia es vasta en ello, a la consignación en la sentencia de elementos de hechos que no fueron tratados nunca en el juicio oral, sin que la parte afectada pudiera probar lo contrario.

Justamente por esto, y para poder establecer el control sobre la fuente de la convicción, los que están de regreso en materia de sistema acusatorio establecieron la documentación exhaustiva del juicio oral.

Sin embargo, en los ordenamientos procesales penales que reconocen el registro del juicio oral mediante grabaciones de audio o video se establece el acta sucinta como mera prueba de la celebración del debate.

El *acta exhaustiva* consiste en la plasmación textual de todo lo dicho en el juicio oral por medio de la labor de un taquígrafo, o bien mediante la trascripción de las grabaciones magnetofónicas o videográficas de las sesiones del juicio. Mediante este procedimiento se asegura la posibilidad de que el tribunal de alzada pueda controlar, por vía de los recursos, la fuente de la convicción de la instancia. Esto es particularmente importante en el sistema

---

156.- Véase ALBERTO DEL JUNCO y JOSÉ PORTUONDO, *op cit.*, págs. 201-202.

anglosajón, donde el jurado, que es completamente lego, juzga solo los hechos y basa su veredicto en la libérrima convicción a la hora de valorar la prueba. Se entiende que los flemáticos anglosajones no confiarían su suerte ciegamente a estos "representantes del pueblo" sin la posibilidad de poder cuestionar la fuente de la convicción. Es claro que si alguien es declarado culpable en medio de una pasmosa ausencia de pruebas de cargo o de un abrumador cúmulo de evidencias favorables, el tribunal superior, al evaluar la prueba practicada en el juicio de instancia por vía del recurso, comprobará inmediatamente el desaguisado y obrará en consecuencia. Si en algo apreciamos estas modestas lecciones sobre el sistema acusatorio, recordemos muy bien que todo régimen procesal que le impida examinar la fuente de la convicción, es decir, la apreciación de la prueba al tribunal *a quo*, es indeseable y peligroso. Por eso estamos convencidos de que el resultado del juicio oral debe ser recogido en la forma en que lo hacen los anglosajones.

No pasamos por alto, empero, el hecho de que todos los sistemas acusatorios y orales han sido implantados en medio de gran oposición y que inicialmente se adoptó la forma de la oralidad total de única instancia (*verba volant*) para evitar que los juzgadores tomaran como referencia del juzgamiento no lo escuchado en el juicio, sino la versión escrita de los testimonios contenida en el acta exhaustiva, lo que habría significado en la práctica una vuelta a la forma escrita del procedimiento.

Ello es cierto, pero tal cosa no ocurre cuando los jueces y jurados tienen que fallar inmediatamente después del juicio, como ocurre en Estados Unidos, antes que estén listas las transcripciones de las sesiones del juicio.

11.- CIERRE DEL JUICIO ORAL. DELIBERACIÓN Y FORMAS DE EMISIÓN Y DE NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA. MOMENTO PARA RECURRIR

Una vez escuchados los informes orales de las partes y la última palabra del acusado y de la víctima, allí donde esto proceda, quien presida la audiencia declarará el juicio concluso para sentencia, y el tribunal o el jurado, en su caso, se retirará a deliberar.

Las deliberaciones se realizarán en forma ininterrumpida hasta cuando se haya llegado a un acuerdo, y en ellas no podrán participar personas ajenas al tribunal o al jurado, según se trate. Toda infracción de este principio acarreará la nulidad de la decisión. Lo mismo ocurrirá si en las deliberaciones participan menos personas de las que deben integrar el órgano decisor.

En algunas provincias canadienses y en algunos estados norteamericanos, las deliberaciones de las personas legas que forman parte del jurado no se producen de forma amplia y total, sino ceñidas a ciertas preguntas que el juez presidente de la audiencia ha

elaborado previamente y a las que debe responderse simplemente “si” o “no”. Esto se conoce como objeto del veredicto, que debe recoger la esencia fáctica del debate. Tales preguntas son, por lo general, del siguiente tenor: “¿Considera usted al acusado autor del hecho juzgado? De ser así, ¿considera usted que obró en legítima defensa?”, etc. Sin embargo, la regla más extendida es que las personas legas respondan simplemente cómo consideran al acusado, si culpable o inocente, aun cuando en ciertos estados norteamericanos se ha desarrollado una nueva categoría, “el no culpable”, que implica simplemente que la culpabilidad no fue demostrada más allá de toda duda razonable, pero que no existen tampoco razones para afirmar categóricamente que no fuera el autor del hecho justiciable. En todo caso, al juez único o al presidente del tribunal le compete instruir previamente al jurado sobre las opciones de veredictos posibles.

Igualmente varía el *quorum* requerido para considerar culpable a una persona, pues va desde la unanimidad, muy apreciada por los anglosajones, hasta la simple mayoría, más característica de los sistemas de Europa.

Después que el tribunal o jurado, en su caso, hayan llegado a una decisión, regresarán a la sala del juicio para darla a conocer, al menos en sus aspectos fundamentales. Este pronunciamiento se hace de viva voz y sus fundamentos ya no podrán ser cambiados en la versión escrita que resulte publicada posteriormente, so pena de nulidad.

En los países de estirpe británica, si el acusado es absuelto se le pone en libertad inmediatamente, y si es condenado, el juez decide en el acto si lo deja bajo custodia o en libertad y fija una fecha para imponerle la sanción correspondiente. En todo caso, el lapso para recurrir correrá siempre desde el momento en que se publique o notifique el cuerpo escrito formal de la sentencia.

12.- Forma y motivación de la sentencia. Valoración de la prueba. Relación entre la motivación de la sentencia y los recursos

La sentencia que resulta del juicio oral en los sistemas de procedencia eurocontinental, tiene muchos más requisitos formales que los que puede tener la que dimana del juicio inquisitivo, que es una mera reproducción del expediente o la que surje del juicio oral anglosajón que es una mera aprobación del veredicto inmotivado del jurado. En el sistema continental y sus derivados legislativos, el desarrollo del debate probatorio en forma oral impone, más allá una forma muy elaborada de decisión de derecho, que recoja con fidelidad el hecho justiciable, tal como lo da por probado el tribunal, la calificación que le confiera, y la decisión absolutoria o condenatoria que a su juicio proceda. Así mismo, en la

sentencia deben resolverse sin falta todas y cada una de las cuestiones que hayan planteado las partes durante el debate.

El modelo de sentencia definitiva que debe emanar del juicio oral en las legislaciones que se sustentan en el sistema acusatorio de tipo continental europeo, puede ser encontrado en el epígrafe 4, literal B del Capítulo V de esta obra.

CAPÍTULO XV
LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN MATERIA PENAL

1.- LA ESPECIALIDAD PROCESAL EN MATERIA PENAL. CONSIDERACIONES GENERALES

La meta esencial de la ciencia procesal moderna, al menos en los países con Derecho de estirpe romano-francesa, fue por muchos años, y aún lo es, el logro de un solo cauce procesal para la resolución de todos los conflictos jurisdiccionales posibles. Si bien esto es una meta muy lejana aún en materias como la civil, la mercantil o la contencioso administrativa, más por las veleidades de nuestra profesión que por imperativos del objeto del proceso, en materia penal casi pudiéramos decir que esta meta está prácticamente lograda, ya que el enjuiciamiento penal moderno obedece indefectiblemente al mismo esquema de fase preparatoria, intermedia y juicio oral, con absoluta independencia del tipo de hechos que sean juzgados o de quienes sean los acusados. Precisamente, son estos indicadores: el tipo de hechos juzgados y la cualidad de las personas imputadas, los que dan lugar al surgimiento de los llamados *procedimientos especiales*.

Pero, el problema de los procedimientos especiales en materia penal hay que abordarlo desde dos puntos de vista. En primer lugar, hay que considerar la existencia de procedimientos especiales dentro de un mismo texto legal, coherente y autosuficiente en sí mismo, lo cual no acarrea disturbios en la jurisdicción, porque la relación entre los procedimientos especiales y el procedimiento ordinario está concebida bajo principios uniformes, de manera tal que, por lo regular, las reglas del procedimiento ordinario son supletorias para el procedimiento especial.

Otra cosa sucede cuando la especialidad de las formas de proceder deriva de leyes especiales, que modifican lapsos o modifican garantías procesales. Pero no nos referimos a los ordenamientos procesales especiales que crean esos cotos de juzgamiento por razón de la materia que se ha dado en llamar «*jurisdicciones penales especiales*», sino a esas leyes espasmódicas o repentinas, producto de coyunturas específicas, que pueden dar lugar a supresión de garantías, a juzgamientos sumarísimos o la creación de tribunales de excepción.

La particularidad de los llamados procedimientos especiales en materia penal, aparte de la cualidad personal de las personas enjuiciadas y del tipo de hechos objeto del proceso, consiste, desde el punto de vista puramente procesal, en supresión de determinadas fases procesales, acortamiento de los lapsos o téminos, modificación de la autoridad instructora, cambios en el régimen de ejercicio de la acción penal y de la acción civil, sustracción del conocimiento de los tribunales ordinarios, con la consiguiente creación de tribunales especiales e, incluso, la supresión de garantías procesales, tales como la exclusión de fianza y otros beneficios al procesado, ocupación inmediata de sus bienes etc. Estas dos últimas situaciones de especialidad son harto controversiales, habida cuenta de los desmedros que podría sufrir el Estado de Derecho y los Derechos Humanos.

2.- LAS PRINCIPALES FORMAS DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Las principales formas de procedimientos penales que se presentan en las diversas legislaciones, son las siguientes:

A.- Procedimientos abreviados.

B.- Procedimientos para juzgar altos funcionarios.

C.- Procedimientos para juzgar delitos de acción privada

D.- Procedimientos de garantías restringidas.

A.- Procedimientos abreviados.

Los procedimientos abreviados son aquellos que tienen como finalidad acortar sustancialmente la duración del enjuiciamiento, bien sea mediante la supresión de algunas fases del proceso o por medio del acortamiento de los lapsos procesales o por la supresión de algunos trámites.

Entre las formas más conocidas de procedimiento abreviado tenemos:

1.- Los establecidos para juzgar delitos menores, faltas o contravenciones.

2.- Los establecidos para juzgar delitos flagrantes.

3.- Los que persiguen sentencias anticipadas al juicio oral.

4.- El procedimiento sumarísimo.

5.- El procedimiento para juzgar Altos Funcionarios.

1.- *Los procedimientos para juzgar delitos menores, faltas o contravenciones*

En primer lugar, conviene definir qué es un delito menor. Es una definición un tanto escabrosa, porque el indicador más usado para establecerla es la extinción y el tipo de pena o sanción con las que son asociadas ciertas conductas típicas; y ese indicador es harto variable en dependencia de las más variopintas legislaciones. Es decir, en algunos paises o regiones se define como delitos menores, aquellos que la ley sanciona con penas menores a cuatro años en su límite máximo (Venezuela) y en otros lugares, ese límite es de un año (Cuba). En otras legislaciones (Clombia), se considera delitos menores, no solo aquellos con penas bajas, sino también lo que no comportan penas de arresto y los que acarrean daños patrimoniales de escasa importancia. De todo lo anterior podríamos resumir que los delitos menores son aquellos que el legislador define como tales, bien sea por sus penas exiguas, por la naturaleza no detentiva de las penas con que se les castiga o por la escasa importancia de las afectaciones patrimoniales que causan.

Se supone, que los delitos menores son más evidentes y no comportan grandes dificultades de investigación y prueba. Por eso, la fase de investigación resulta sumamente reducida en tiempo y hasta se suprime en ciertas variantes o fórmulas, de manera tal que se autoriza al Fiscal o a los agraviados a presentar su acusación directamente al tribunal de juzgamiento o de juicio. En algunas modalidades de procedimientos abreviados se autoriza a los perjudicados a ejercer la acción penal sin presencia del fiscal.

Generalmente las sentencias definitivas que dimanan de los procedimientos abreviados son inapelables o solo son susceptibles de apelación cuando imponen penas de arresto o prisión, sin que en ningún caso puedan ser objeto de recursos o acciones que lleven el conocimiento de la causa al los Tribunales Supremos o Cortes Supremas.

2.- *Los establecidos para juzgar delitos flagrantes*

Los delitos flagrantes son los que se cometen en flagrancia. La palabra flagrancia viene de “flagrar”, que significa literalmente “estar ardiendo”, lo aplicado figurativamente a un acontecimiento o hecho, nos da la idea (carga semántica) de que el asunto está “en pleno desarrollo”. De ahí que los angloparlantes cuando reportan un delito que se está produciendo, suelen hablar sobre “*a crime in progress*”. Por otro lado, también se ha designado la noción de delito latente con la expresión del latín tardío “in fraganti”, que deriva de la representación de lo efímero de la fragancia de las flores, que es otra manera de manejar la carga semántica en punto a la volatilidad de la constatación del delito. Por ello no yerra el ignaro, que en lugar de usar el sustantivo “flagrancia”, emplea en cambio el vocablo “fragancia”, ya sea por bucéfalo o por dureza labiodental.

De esto justamente se trata, pues cuando hablamos de delitos flagrantes, cualquier diccionario o manual de Derecho que se consulte, siempre nos lo definirá como aquellos que se están cometiendo o acaban de cometerse, y eso, claro está, no nos resuelve mucho, por lo que a tal definición es necesario siempre añadir "al momento de intervenir las autoridades o los particulares y sorprender en ello a los comisores". Por lo cual la definición de flagrancia podría mejorarse un poco redefiniéndola así: será delito flagrante aquel que es descubierto por las autoridades o por el público cuando se está cometiendo o acaba de cometerse, y como resultado de ello son aprehendidos sus comisores.

Para el estudio de la Teoría General del Delito la definición anterior bastaría, pues si bien los primeros estudios teóricos sobre la flagrancia provienen justamente de las elucubraciones acerca del *iter criminis*, esta senda pronto fue abandonada por los estudiosos de la dogmática penal, toda vez que la noción de flagrancia no arrojaba especial luz sobre el estadio de ejecución del delito, o dicho en otras palabras, un delito sorprendido "in fraganti" no era necesariamente un delito imperfecto, como muchos creyeron en un momento, sino que también podía ser consumado, y lo peor, que la intervención de la autoridad o de los ciudadanos comunes no determinaba de suyo una cosa o la otra. Por eso se abandonaron las disquisiciones acerca de la influencia de la flagrancia delictual en la Teoría del Delito y hoy rara vez se encuentra en los tratados y manuales de Derecho penal general alguna referencia a ella.

De tal manera, desde fines del siglo XIX y principios del siglo XX la flagrancia volvió a ser vista como lo fue en la antigüedad, es decir como un mero problema procedimental, como una forma más de la *notitia criminis*, y por ende como una modalidad de inicio del sumario, sin tratamiento diferenciado respecto a los demás modos de proceder (denuncia, querella, confesión espontánea del comisor, etc.)[157]. Por tanto, esta visión de la flagrancia no tenía tampoco ninguna incidencia práctica en el proceso.[158]

Los problemas prácticos con la flagrancia, en tanto modo de constatación de la existencia del delito, comienzan cuando, a partir de mediados del siglo XX, en diversos ordenamientos procesales, como el Código de Procedimiento Penal italiano de 1930, modificado por los llamados Decretos del Lugarteniente de 1943 y el Código de Instrucción Criminal francés, modificado por los célebres Decretos Daladier de 1939[159], se resuelve darle un tratamiento procesal especial. Este tratamiento

---

[157].- Véanse al respecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, el Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano de 1926 y el CódigoProcesal Penal italiano de 1930. Véase también: Florian, Eugenio: *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Bosch Casa Editorial, Barcelona 1950 (Reimpresión 1990), pp. 236-237.

[158] .- Obviamente, estas disquisiciones teóricas son propias de la ciencia jurídica europea continental (Alemania, Francia, Italia, Suiza, España, Suecia, Noruega, Austria, etc.), pues los anglosajones nunca han caído en las veleidades teóricas propias del Derecho de raíz romano-germánico-francesa y que personalmente el autor repudia.

[159].- Se trató, en ambos casos, de legislación penal de tiempos de guerra.

consiste en juzgar a los delitos flagrantes por un procedimiento especial abreviado, que elimina la fase preparatoria y hace pasar el proceso directamente a juicio oral, previa una audiencia de calificación de flagrancia por una autoridad judicial. Es precisamente en la calificación de la flagrancia donde se presentan los más agudos problemas y a ese tema dedicaremos las líneas que siguen.

a).- *La calificación de la flagrancia*

Las Constituciones democráticas establecen, por lo general, que las personas pueden ser detenidas solamente por orden judicial o cuando sean sorprendidas en flagrante delito. De tal manera, la orden judicial supone que un juez ha controlado previamente los presupuestos de causa probable para la captura o detención; pero la detención en supuesta flagrancia debe ser siempre evaluada a posteriori por un juez, para evitar situaciones de detención ilegal. Esa evaluación, que generalmente se realiza en una audiencia o vista ante el tribunal, es lo que se conoce como calificación de flagrancia. De tal manera, el juez tiene que calificar, primero que todo, el carácter de la detención, pues descontado que no había orden judicial para detener a quien se presenta por flagrancia, la aprehensión será ilegal e inconstitucional si no llena los extremos de la flagrancia.

En los ordenamientos procesales penales que tienen establecido el procedimiento especial por flagrancia donde la instrucción corresponde al Ministerio Público o Fiscalía, la policía o el público aprehensor deben poner al capturado a la orden del fiscal, quien debe presentarlo ante tribunal competente a fin de solicitarle que califique la detención efectivamente como flagrante, y de ser necesario, posible y conveniente, que decrete el enjuiciamiento del imputado por el procedimiento abreviado. En la audiencia de calificación de flagrancia, la fiscalía tiene que probar que efectivamente el imputado fue aprehendido *in fraganti* en la comisión de un delito.

En segundo lugar, el fiscal debe definir si solicita del juez la aplicación del procedimiento abreviado o si considera necesario encaminar el proceso por las vías del procedimiento ordinario y, en su caso, si solicita o no medidas cautelares contra el imputado, pues, como veremos más adelante, no siempre que exista delito flagrante podrá juzgarse éste por el procedimiento abreviado y no siempre este tipo de delito ameritará la detención judicial preventiva.

En los procedimientos mixtos acusatorios, donde la instrucción corre a cargo de un Juez de Instrucción, es a este a quien corresponde calificar la flagrancia y dar cuenta al fiscal si considera que hay razones para proceder a través del procedimiento abreviado, en caso de que la ley contemple tal opción.

A la hora de calificar la flagrancia resulta conveniente recordar las enseñanzas de los penalistas clásicos sobre la flagrancia a los efectos de saber qué es, cómo se manifiesta y cómo puede ser probada.

Los doctrinarios de la dogmática penal establecieron claramente la existencia de tres tipos fundamentales de flagrancia[160] :

La *flagrancia presunta,* la cual presenta dos modalidades claramente diferenciadas: la *flagrancia presunta a priori* y la *flagrancia presunta a posteriori*.

La *flagrancia presunta a priori*, es la situación en que se encuentra una persona, que hace presumir a las autoridades o al público que se dispone a cometer un delito, a juzgar por su apariencia o manera de vestir, o por el lugar donde se halla, o por las herramientas o instrumentos que pudiera portar. La flagrancia presunta es, pues, una sospecha más o menos fundada. Por esta razón, y por el indudable hecho de que la doctrina moderna del Derecho penal se inclina por la no punibilidad de los actos preparatorios, los ordenamientos procesales penales democráticos no contemplan la flagrancia presunta como causa de origen de un proceso penal y solo los Estados comunistas o fascistas la han considerado como índice de peligrosidad delictual, que puede conducir a la aplicación de medidas de seguridad, advertencias policiales, reseña del sospechoso, etc.

La *flagrancia presunta a posteriori*, consiste en la detención de una persona con instrumentos o cosas probablemente relacionadas con un delito, recién cometido y cuya perpetración no fue observada por terceras personas. En este caso podría presumirse la participación del detenido en el hecho, si existe la certeza, o al menos la fundada sospecha, de que los bienes o instrumentos que se encontraron en su poder provienen del delito en cuestión o facilitaron su comisión. Ésta es una figura muy cuestionada hoy día, por la sencilla razón de que, en este caso, lo único flagrante es la posesión por el sospechoso de los referidos objetos, en tanto que la participación del aprehendido en el delito principal tiene que ser probada por la fiscalía, ya que presumir dicha participación equivaldría a violar principios fundamentales del procedimiento penal, como el *indubio pro reo* y la carga de la prueba del acusador (principio acusatorio).

La *flagrancia real* (*in ipsa perpetratione facinoris*), que es la captura e identificación del delincuente en plena comisión del hecho, bien que lo haya consumado recién o que resulte frustrado por la intervención del público o de las autoridades. Ésta es la verdadera flagrancia, conocida desde antaño y de ahí su nombre.

La *flagrancia ex post facto o cuasiflagrancia*, que es la aprehensión del sujeto, perfectamente identificado o identificable, inmediatamente después de haber cometido el delito, como producto de una persecución ininterrumpida de las autoridades o del público, que no le hayan perdido de vista.

En los casos donde el fiscal sea el encargado de la instrucción, éste tiene la función de *pivote central* en el procedimiento abreviado por flagrancia, pues por una parte, la fiscalía debe recibir el aprehendido de la policía o de los particulares aprehensores y valorar si efectivamente existe delito y si este es flagrante o no. Si realmente la conducta del capturado no constituye delito, debe proceder a

[160].- Ver: FLORIAN, Eugenio: *Ob. cit.*, p. 236.

liberarlo y solicitar la desestimación de la causa.. Si la conducta del aprehendido realmente es delito y considera el fiscal que la aprehensión fue en flagrancia, debe proceder a levantar las actuaciones sumarias que den sustento a la solicitud de calificación judicial y, por otra parte, con base en esas actuaciones sumarias y considerando las circunstancias del caso, debe decidir si efectivamente solicita la aplicación del procedimiento abreviado o si abre el procedimiento ordinario mediante la correspondiente orden o auto de inicio de la fase preparatoria.

Eventualmente, el fiscal también puede, en los casos de flagrancia, solicitar al juez o tribunal competente la aplicación del llamado principio de oportunidad. En algunas legislaciones, en los casos de flagrancia, el imputado puede celebrar acuerdos con la fiscalía o con la víctima, desde el momento mismo de la aprehensión, siempre y cuando el delito imputado sea de los que caben en las prescripciones de la ley.

b).- *La prueba de la flagrancia*

El problema de la flagrancia es probarla. Al respecto obsérvese el siguiente ejemplo.

El ciudadano X se presenta en una comisaría de policía o en una dependencia de la fiscalía, conduciendo por la fuerza a otro ciudadano llamado Y. El ciudadano X manifiesta que sorprendió al señor Y cuando trataba de sustraerle la billetera del bolsillo trasero de su pantalón, le agarró la mano y decidió entregarlo a las autoridades. El señor X dijo que este hecho ocurrió en el trasporte público, pero que no trajo testigos, porque nadie se prestó a acompañarlo y testificar. El señor Y negó los hechos y no tiene la apariencia de ser delincuente (estigma), ni carterista o *pickpocker* (no tiene hábitos de tal, ni manos cuidadas con finos dedos y largas uñas). Tampoco tiene antecedentes penales o policiales.

Puede ser que, efectivamente, el señor X tenga razón pero lamentablemente no puede probarlo más allá de su dicho y, por consiguiente, tampoco el juez ni el fiscal podrán decretar la aprehensión en flagrancia sobre esa base Hay aquí una clara contradicción entre flagrancia verdadera (verdad material) y flagrancia procesal (verdad procesal), pues aun siendo cierto el hecho (eso solo lo saben X y Y), no puede ser probarlo en ese momento. Como ya hemos dicho, las personas sorprendidas en flagrante delito, o como se suele decir en lenguaje coloquial: “con las manos en la masa”, pueden ser aprehendidas, incluso por particulares, sin el cumplimiento de las formalidades legales ordinarias que regulan la detención (orden judicial), pero las pruebas que relacionan a quien ha sido aprehendido con el hecho que se le atribuye, deben estar de manifiesto de manera clara y terminante, en el mismo acto de la flagrancia y *solo en ese caso* la flagrancia permite un juzgamiento inmediato, que en la práctica elimina las fases preparatoria e intermedia, pues la aprehensión *in fraganti* ha proporcionado todos los elementos del caso “en caliente” (la evidencia material, los testigos presenciales, etc.).

Por tanto, para que pueda calificarse una aprehensión como en flagrante delito y para que el aprehendido en flagrancia pueda ser juzgado por el procedimiento abreviado, toda la prueba del caso debe emanar del hecho de su constatación, ya sea por la naturaleza incontrovertible de la evidencia material, como en el caso del camionero o del barquero al que le sorprenden con una tonelada de droga en su vehículo, y al verse perseguido se da a la fuga, o al que sorprenden cargando con el televisor sustraído de la tienda que acaban de robar, o ya sea por la presencia de testigos imparciales. Solo bajo esas circunstancias podrá hablarse de flagrancia. Otras situaciones podrían ser sospechosas de forjamiento o simplemente inconvenientes para ser llevadas por flagrancia, pero de eso hablaremos después.

Entonces, los fiscales y jueces no debe olvidar jamás que la única prueba de la flagrancia es la que emana del mismo hecho *in fraganti* y de sus circunstancias; y solo bajo tales premisas puede ser objeto de un proceso abreviado. Ésa es su esencia y su naturaleza dentro de un desiderátum de celeridad procesal. Si hay que verificar circunstancias fuera del hecho flagrante, la posibilidad de un procedimiento abreviado desaparece, y no solo en obsequio del imputado, sino de la sociedad o de otros ciudadanos. Imaginemos por un momento que alguien es sorprendido en intento de magnicidio y al ser aprehendido dice tener cómplices, ¿podrá entonces juzgarse a esos cómplices en un proceso abreviado por flagrancia, aun cuando no hayan sido sorprendidos en el lugar de los hechos? Evidentemente no. Pero, ¿puede dividirse la causa y juzgar al aprehendido *in fraganti* por el procedimiento abreviado y a sus cómplices por el procedimiento ordinario? Tampoco, porque no puede romperse la continencia subjetiva de la causa. Entonces, no queda más remedio que dejar de lado el juzgamiento abreviado del aprehendido *in fraganti* y juzgar a todos por el procedimiento ordinario, con la finalidad, no solo de salvaguardar los derechos procesales de quien no fue sorprendido en flagrante delito, sino para poder averiguar mejor las conexiones entre el aprehendido y sus cómplices, así como la existencia de una posible conspiración, etc.

Nadie nos diga, por ejemplo, que alguno de los cómplices también está incurso en delito flagrante porque el arma ocupada al frustrado magnicida fuera de aquél, pues la flagrancia es una forma de *constatación subjetiva* del delito, es decir se refiere a sorprender a una persona determinada en un hecho que por sí mismo constituya delito e identificarla en el lugar del hecho. El uso de un objeto propiedad de alguno en la comisión de un delito, sin que conste la participación directa de su propietario en el mismo, no constituirá flagrancia jamás respecto al propietario del objeto. Si Z tiene un carro de características únicas en un pueblo donde vive y todo el mundo vio que los asaltantes del banco huyeron en el carro de Z, por ese solo hecho no puede considerarse que Z fue sorprendido *in fraganti* robando el banco, pues ciertamente solo vieron su carro de involucrado en el robo, pero no a Z. Sin embargo, sabemos que bajo el procedimiento inquisitivo Z habría sido hecho preso de todas maneras y quizás habría sido torturado.

Como se ve, la flagrancia procesal es un asunto muy delicado y realmente solo sirve para juzgar delitos menores y que, consumados o no, se agotan en el acto mismo de la flagrancia y por tanto no hay allí cómplices, ni motivaciones anteriores, ni *modus operandi* escabroso, ni finalidades ocultas, ni autores intelectuales, ni delitos de medio a fin, ni receptadores, etc., pues si aflora algo de eso y hay que averiguarlo, adiós al procedimiento por flagrancia. El procedimiento especial por flagrancia realmente debe existir para casos tales como los arrebatones, el carterismo, los hurtos frustrados en supermercados o tiendas por departamentos y para los altercados en la vía pública. Así lo conciben casi todas las legislaciones que lo tienen establecido. Resulta inconveniente para los intereses de la sociedad, que los delitos graves puedan juzgarse por el procedimiento abreviado por flagrancia, aun cuando formalmente, una persona haya sido sorprendida cometiendo en flagrante delito. En los casos de delitos graves es mejor siempre investigar por el procedimiento ordinario, ya que el hecho *in fraganti* puede ser solo la punta de un iceberg y puede existir un conjunto de otros delitos y de otros implicados, que el principio de unidad del proceso nos obliga a juzgar conjuntamente. Por eso, aun cuando ciertos hechos graves pudieran revelarse como flagrantes, hay que examinarlos con la lupa de la suspicacia y la desconfianza, para no dejar cabos sueltos. Por esta razón, los órganos de investigación de países con gran desarrollo y experiencia suelen hacer seguimientos de años a los casos de delincuencia organizada, que siempre son los más complejos y en los cuales, si se actúa intempestivamente, nunca se llegará al tronco.

c).- *Procedencia de la detención judicial y de medidas sustitutivas de ésta en el procedimiento por flagrancia*

Desde siempre ha existido la creencia de que en los casos de delitos flagrantes debe decretarse siempre la prisión provisional como única medida de aseguramiento posible frente a un reo bellaco que desafía a la opinión pública y a la justicia con un actuar desembozado.

Sin embargo, esa tesis es absolutamente insostenible a la luz del Derecho procesal moderno, cuyos principios de primado de la libertad consagran los ordenamientos actuales con meridiana claridad. También hay que considerar que no todos los delitos flagrantes son delitos graves, ni todos los que los cometen son realmente personas peligrosas o antisociales desalmados[161]. Por ello, es incuestionable que sería excesivo que a todo aprehendido en flagrancia se le dejara detenido a resultas del juicio oral.

[161].- Los Lectores podrán recordar el caso de la millonaria actriz norteamericana Winona Ryder. Winona Laura Horowitz (1971), conocida en el medio artístico como Winona Ryder, es una esitosa actriz estadounidense. A pesar de su éxito y su fortuna personal, fue sorprendida cometiendo un hurto en una tienda de Beverly Hills; California, en lo que se consideró un raro caso de búsqueda de situaciones excitantes.

Cuando exista verdadera flagrancia, los tribunales podrán decretar la prisión provisional siempre y cuando se trate de delitos sancionados con pena de prisión o cuando, en todo caso, el aprehendido tenga antecedentes penales, y valorando siempre, en la motivación de la decisión, la forma en que se manifiestan en el caso, las circunstancias de peligro de fuga o de obstaculización de la investigación. En caso contrario debe decretarse una medida sustitutiva y no gravar al imputado con la prisión provisional.

De tal manera, puede decretarse la flagrancia y no disponerse la prisión provisional del imputado, pero también es posible que no sea decretada la flagrancia y que, en cambio, sí se decrete la prisión provisional del imputado, siempre que realmente exista evidencia de que está incurso en delito y se trate de un antisocial redomado.

iii.- *Los que persiguen sentencias anticipadas*

Son aquellos que están diseñados para encausar soluciones de continuidad del proceso penal, sin necesidad de un juicio oral. Se trata de los procedimientos de admisión de los hechos conformidad con la acusación, plea bargaining, la aprobación judicial de acuerdos entre la fiscalía y los imputados y entre estos y las víctimas, así como la aprobación judicial de la aplicación del principio de oportunidad.

iv.- *El procedimiento sumarísimo*

Es una forma de procedimiento que supone el acortamiento drástico de las garantías y de los lapsos procesales, generalmente usado en situaciones de guerra, conmoción pública o desastres naturales que alteren gravemente el orden público, por la proliferación de actos de pillaje y graves atentados contra las personas o contra los poderes del Estado. Sin embargo, ese tipo de procedimientos es consagrado y usado con harta frecuencia por los regímenes dictatoriales para juzgar sumariamente a sus enemigos políticos y mandarlos a prisión, deportarlos o condenarlos a muerte.

Las Constituciones democráticas actuales proscriben el procedimiento sumarísimo, pues las garantías del debido proceso no pueden ser suspendidas por el gobierno ni siquiera en situaciones de conmoción pública o estados de excepción.

v.- *El procedimiento para juzgar Altos Funcionarios*

Los procedimientos para juzgar Altos Funcionarios son especiales, porque están rodeados de ciertos presupuestos o condiciones de procedibilidad, tales como autorización parlamentaria para proceder, antejuicios de méritos ante los Altos Tribunales, etc.

Estas garantías especiales que rodean a los Altos Funcionarios del Estado, generalmente cabezas de Poderes Públicos, se dicen que están establecidas no en función de una persona o caudillo, sino para la protección de la majestad del cargo y del libre desempeño de la función pública. Cualquiera entiende que en una sociedad democrática, en la que el poder político se ejerce de manera alternativa y libre, los opositores podrían intentar deponer a los Jerarcas del Estado mediante denuncias o acusaciones penales, fundadas o no, por lo cual esas investivas deben estar sometidas a tamices más finos que los ordinarios. De la misma manera, en las dictaduras es impensable el enjuiciamiento del dictador mientras detente el poder.

Se ha dicho que si la razón de ser de los procedimientos especiales para juzgar a los Altos Funcionarios Públicos es la protección del cargo, no tendría sentido alguno que quien haya cesado en el cargo siga gozando de tales privilegios. Asi lo consagran muchas legislaciones. Parece lógico, pero los que así piensan podrían estar equivocados, pues los juicios a los Jerarcas políticos son siempre juicios políticos y muchas veces la insistencia en juzgar a un ex-Jerarca no es otra cosa que una forma de sacar del camino a un un influyente dirigente que puede seguir muy activo en la política nacional, bien como jefe de un partido, parlamentario o simple referencia política. No en balde a los ex Jefes de Estado se le mantienen sus escoltas y otros privilegios, pues seguramente, en el desempeño de sus funciones tomaron decisiones que pudieron haberle creado enemigos.

vi.- *Los procedimientos de extradición*

Los procedimientos de extradición son especiales porque tienen un componente diplomático y de extranjería que merece atención aparte.

La extradición es la institución jurídica que regula, tanto la forma en que un Estado determinado, llamado requirente, debe solicitar a otro Estado, llamado requerido, la entrega de una persona que se ha refugiado en este último, para juzgarla por la presunta comisión de delitos en el territorio del Estado requirente, como las formalidades que debe observar el Estado requerido, para autorizar o no dicha entrega. Los presupuestos teóricos y consecuencias prácticas de la extradición se extienden a través de tres ramas del Derecho: el Derecho penal sustantivo, el Derecho procesal penal y el Derecho internacional público.

La extradición atañe al derecho penal sustantivo, porque dicha rama del derecho determina los principios básicos de procedencia de esta institución en los Estados civilizados y democráticos. Estos principios, como ya debiéramos saber, son los de doble incriminación, de la mínima gravedad del hecho, de la especialidad y de la pena excluyente, todos los cuales deben ser valorados sobre la base del Derecho penal sustantivo vigente en el país requerido. Por ejemplo, el principio de doble incriminación se interpreta en el sentido de que solo procede la extradición, si el hecho por el cual se reclama ésta es también delito en el Estado

requerido, y esto, claro está, es una circunstancia que solo puede determinarse a partir del Derecho penal vigente. Lo mismo ocurre con el principio de la pena excluyente, pues un Estado, en cuya legislación penal sustantiva no esté establecida la pena de muerte, no entregará al sujeto solicitado, a menos que el Estado requirente se comprometa a no imponerle dicha pena.

La extradición atañe al Derecho Internacional, ya que es una institución que reclama forzosamente la colaboración entre Estados distintos. Ahora bien, no es necesario que exista tratado de extradición entre dos Estados para que ésta pueda ser solicitada, pues la extradición es norma consagrada por el uso internacional y basta media vez que ambos Estados tengan regulada la extradición activa y pasiva en sus legislaciones internas para que pueda solicitarse o concederse. Los tratados internacionales, como fuente del Derecho internacional público, pueden facilitar o hacer más expeditos los trámites para la extradición entre sus partes, bien sean dos o más Estados, derogando incluso la legislación interna de esos Estados para esos casos concretos.

Pero la extradición es también una institución de Derecho procesal penal, por definición, pues el Estado requirente tendrá siempre que acompañar un principio de prueba sobre el delito cometido por la persona solicitada, que tiene que ser fruto de la actividad de sus órganos legítimos de investigación penal, al tiempo que los tribunales del Estado requerido tendrán que analizar si de los recaudos enviados por la parte requirente existen elementos de fundada convicción que indiquen la participación del solicitado en los delitos imputados y si, además, se cumplen todos los requisitos para considerar procedente la extradición.

Existen dos formas básicas de la extradición y una corruptela. Esas formas son:

a).- La extradición activa.

b).- La extradición pasiva y

c).- La deportación para cumplir los fines de la extradición pasiva.

a).- *La extradición activa*

Es el procedimiento que debe desarrollar un Estado (requirente) para reclamar a otro (requerido) la entrega de una persona que se haya en el territorio de este último, para juzgarla. Es decir, la extradición activa es la extradición vista desde la perspectiva del Estado requirente.

Desde el punto de vista procedimental, el procedimiento comienza como cualquier otro proceso penal, pero tan pronto se advierte que el acusado está ausente del territorio del Estado que lo juzga, sus jueces o fiscales, según la ley procesal respectiva, una vez cumplidos ciertos trámites y llegado al proceso al estado que requiere la ley, procederan a solictar del Máximo Tribunal del Estado

que apruebe una solicitud de extradición y que la remita al Poder Ejecutivo, para que este la curse por vía diplomática al Estado requerido.

Para solicitar la extradición de una persona es necesario, además que se trate de un delito grave y que el hecho sea delito en el Estado requerido. Para solicitar la extradición no es absolutamente necesaria la existencia de un tratado bilateral o multlateral del que sean partes los Estados requirente y requerido, basta que se prometa reciprocidad o que se trate de crímenes internacionales. Igualmente, el Estado requirente deberá tomar en consideración si el ordenamiento jurídico del país requerido le permite entregar a sus nacionales o no, para el caso de que el solicitado fuere ciudadano del Estado requerido. También debe tenerse en cuenta que no puede solicitarse en extradición a las personas a las que el Estado requerido haya otorgado asilo territorial por razones políticas, tomando siempre en consideración que es al Estado requerido, receptor del asilado en este caso, al que conforme al Derecho Internacional le corresponde calificar los hechos por los que se reclama al solicitado.

Cuando un Estado solicita en extradición de una persona a un Estado que no tiene el mismo idioma oficial que el requirente, es necesario traducir las actuaciones al idioma del Estado requerido.

Si el Máximo tribunal del Estado donde se origina el proceso penal, considera que no hay lugar para la extradición activa, el proceso se archiva o sobresee provisionalmente a resultas de que el procesado aparezca algún día o hasta que las fuerzas de seguridad del Estado requirente, contraviniendo el Derecho internacional, lo secuestren en el territorio extranjero donde estuviere radicado o de tránsito, o en espera de que sea entregado en jugada de sacrificio.

b).- *La extradición pasiva*

Es el procedimiento que debe desarrollar el Estado (requerido) al que otro (requirente) le solicita la entrega de una persona que se halla en el territorio del primero, para ser juzgado por el segundo.

La solicitud se recibe siempre por vía diplomática y el Ejecutivo del Estado requerido la pasará a decisión de su Máximo Tribunal. Cuando el Tribunal Supremo o Corte Suprema recibe la solicitud, puede ordenar la captura del solicitado y su puesta bajo custodia, si no es que lo ha hecho ya el Ejecutivo, conforme a la ley. En algunos Estados la solicitud de extradición pasiva se resuelve por el Supremo Juzgado, de gabinete o en actuaciones escritas; pero en otros Estados, esta solictud se resuelve en audiencia pública. Las sociedades democráticas procuran que el solicitado en extradición esté asistido por un abogado defensor de su confianza o uno público o de oficio. Igualmente, para decidir sobre la prisión provisional de la persona solicitada, se tendrán en cuenta las reglas de causa probable.

El Tribunal Supremo o Corte Suprema decidirán conforme a las actuaciones que hayan recibido del país requirente. Si la solicitud de extradición es declarada sin lugar, así se hará constar en decisión motivada y se le notificará al Estado requirente por vía diplomática. Si la extradición es declarada con lugar se avisará al gobierno para que haga los arreglos para la entrega del extraditado. En algunas legislaciones, como la colombiana, una vez declarada la conformidad judicial con la solicitud de extradición, el Ejecutivo tiene la facultad de no entregar a la persona solicitada por razones de alta conveniencia política.

c).- *La deportación para cumplir los fines de la extradición pasiva*

Es una forma sesgada a través de la cual, con evidente desviación de poder, algunos Estados, cumplen los propósitos de la extradición pasiva y les entregan a personas que se hayan en sus territorios y los entregan a otros Estados que los solicitan para juzgarlas o hasta para eliminarlas, sin que haya mediado solicitud de extradición.

Aquí debemos precisar lo siguiente. La deportación es la expulsión que realiza un Estado de un extranjero cuya presencia en su terrtorio juzga ilegal. Pero según el Derecho Internacional, codificado y consuetudinario, el deportado puede ser conminado a abandonar el territorio del Estado deportante y el deportado se marchará a donde juzgue conveniente. También es norma de ius cogens que no se entregará al deportado al Estado que pretenda juzgarlo sin cumplir con las exigencias legales de la extradición, a menos que exista un tratado de asistencia recíproca en ese sentido y con la observancia de las garantías de los Derechos Humanos del deportado.

Esto siempre es peligroso porque se trata de tratativas, valga la redundancia, entre gobiernos, sin que intervenga una autoridad judicial que revise la pertinencia de la solictud.

CAPÍTULO XVI
LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL

1.- LOS REMEDIOS PROCESALES: LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y LOS RECURSOS

Durante la sustanciación y desarrollo de un proceso jurisdiccional cualquiera, las partes suelen verse en la necesidad de corregir el curso del proceso, remover obstáculos y allanar el camino hacia el triunfo de sus pretensiones. Los obstáculos y las desviaciones en el curso del proceso pueden ser el producto tanto de la actividad de los contrarios, de terceros, o del propio órgano jurisdiccional, bien sea en función de intereses particulares, de errores, prejuicios o simplemente de su particular percepción de los hechos y del derecho aplicable.

Para hacer posible la corrección de tales desviaciones y obstáculos, la práctica procesal ha creado una serie de trámites o canales de reclamación, a través de los cuales las partes pueden manifestar su inconformidad con todos los actos y situaciones procesales que les impidan llegar a lo que a su juicio es la verdad. Esos canales de inconformidad, que no son otra cosa que el conjunto de actos procesales que conforman procedimientos especializados dentro del proceso, ya sean principales o incidentales, se denominan, en sentido amplio, remedios procesales; los cuales pueden dividirse, a su vez, en medios de impugnación - entre los cuales los más característicos son los recursos - y remedios procesales simples, cuyos conceptos examinaremos a continuación.

A.- CONCEPTO DE REMEDIO PROCESAL EN SENTIDO AMPLIO

Se denomina remedio procesal, en sentido amplio, a toda facultad procesal atribuida a las partes en un proceso, para oponerse válidamente a las actuaciones de la contraparte o del órgano jurisdiccional, con expectativa racional de resultado positivo, más allá de las posibilidades ordinarias de alegación y promoción de pruebas.

Por tanto, son remedios procesales, en sentido amplio, la regulación de competencia, la recusación, la oposición a la incorporación de un medio probatorio al proceso, las solicitudes de

nulidad de los actos procesales, la oposición a la admisión del querellante, las objeciones a las preguntas de la contraparte en juicio oral, la solicitud de aclaratoria de las decisiones, los recursos, las oposiciones a medidas cautelares o de ejecución, la solicitud de revisión de dichas medidas, el procedimiento de revisión, etc.

En teoría, dentro de una sociedad democrática y avanzada, un proceso jurisdiccional debiera transcurrir sin mayores avatares. Cada parte alegaría los hechos que le interesan y promovería pruebas irreprochablemente obtenidas, sin alteraciones deliberadas de los hechos ni intentos de obtener ventajas procesales ilegítimas y el juez se comportaría con olímpica y pulcra imparcialidad. Sería el sueño ideal del *due process of law* o debido proceso, el *desideratum maximum* de realización del ideal de justicia.

Pero, en realidad, las cosas acaso nunca ocurren así y, por el contrario, cada parte presenta los hechos a su manera, con una gran carga de subjetividad y matizados por su interés particular, lo que conduce a deformaciones y manipulaciones de la verdad, al tiempo que los jueces pueden a veces adoptar conductas desviadas que los alejan, a veces demasiado, de la recta aplicación de la justicia, ya sea por error, enfado, ignorancia, parcialidad, temor o simplemente lenidad. Estas aptitudes de las partes y del juez llevan a actuaciones viciadas que crean dilaciones y desviaciones en el curso del proceso. Es por eso que más allá de las oportunidades ordinarias de alegación y de promoción de pruebas que supondría el curso normal y pacífico del proceso, es necesario proveer a los justiciables esos canales de drenaje de inconformidad que son los remedios procesales.

B.- CONCEPTO DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Medio de impugnación es la facultad conferida a una parte o a un tercero dentro de un proceso para remover una desventaja que le ha acarreado una decisión judicial.

La diferencia entre remedio procesal en sentido amplio y medio de impugnación, consiste, fundamentalmente, en que este último, siendo una especie del primero, está dirigido exclusivamente a remover obstáculos o a reparar agravios creados por *decisiones judiciales*.

Ahora bien, si partimos de que los medios de impugnación se dirigen contra decisiones judiciales, este concepto no discrimina de qué tipo de decisiones se trata. En ese orden de ideas, la conceptuación de medio de impugnación es independiente de si la decisión judicial impugnada es firme o no, o si la impugnación genera obligatoriamente un procedimiento de re-examen.

En el sentido apuntado es medio de impugnación el procedimiento de revisión o de invalidación de sentencias firmes. Y también lo son la solicitud de revisión o de levantamiento de la decisión que acuerda una medida cautelar o la solicitud de aclaratoria de una decisión, que no obligan al juez a re-examen alguno de lo decidido ni a observar un procedimiento recursorio. Sin embargo, el medio de impugnación por excelencia son los recursos.

C.- CONCEPTO DE RECURSO

El recurso es el medio de impugnación a través del cual las partes, y eventualmente terceros, pueden combatir las decisiones judiciales que no han ganado firmeza, mediante un procedimiento de obligatoria observancia para los órganos jurisdiccionales, esencialmente en el orden judicial.[1]

De tal manera, son dos los rasgos que distinguen al recurso de cualquier otro medio de impugnación. En primer lugar, los recursos, como todo medio de impugnación, se dirigen contra decisiones judiciales, pero solo contra aquellas que aún no han ganado firmeza y, precisamente, para evitar que así sea. En segundo lugar, todo recurso implica un cierto grado de formalidad procesal y, por ello mismo, la observancia de un procedimiento específico, que debe ser respetado por el recurrente y por los órganos judiciales. Ese procedimiento implica lapsos preclusivos para la interposición, admisión, sustanciación y decisión del recurso, así como la producción de actos procesales específicos.

D.- REMEDIOS PROCESALES SIMPLES

Son remedios procesales simples aquellos que no se dirigen contra decisiones judiciales sino a enervar otro tipo de actuaciones judiciales o de las partes contrarias, que causan o pueden causar inconvenientes al reclamante. Como ejemplo de remedios procesales simples que no constituyen medios de impugnación y mucho menos recursos, tenemos las tachas de documentos y testigos, la oposición a la admisión del querellante privado en el proceso penal, las objeciones a las preguntas de la parte contraria en juicio oral, entre otras.

2.- LOS RECURSOS Y SU CLASIFICACIÓN

Los recursos pueden ser clasificados de acuerdo con una serie de indicadores tales como su reconocimiento expreso o no por la ley como tales, por el órgano que de ellos deba conocer, por los efectos que produce su interposición o por su posición frente a la cosa juzgada.

A.- RECURSOS NOMINADOS Y RECURSOS INNOMINADOS

Son recursos nominados aquellos que están expresamente regulados como recursos en las leyes procesales, tales como apelación, casación, revocación, reforma, reconsideración, queja, etc., y, por el contrario, son recursos innominados los que se regulan en las leyes sin una denominación específica.

Ésta es una clasificación de escasa importancia práctica, sobre todo porque los recursos innominados son una verdadera rareza en las leyes procesales modernas y solo existen en la mente siempre innovadora de los ignorantes audaces, pero tal distinción pudiera llegar a tener relevancia cuando alguno de aquéllos trate de hacer pasar como recurso lo que no lo es, confundiendo, por ejemplo, la solicitud simple de nulidad de un acto ante el juez de la causa, con un recurso, llamándolo "recurso de nulidad".

B.- RECURSOS DEVOLUTIVOS Y RECURSOS NO DEVOLUTIVOS

Sobre la base del órgano que debe conocerlos y resolverlos, los recursos pueden clasificarse en devolutivos y no devolutivos.

Son recursos devolutivos aquellos donde el conocimiento de la causa (*cognitio causæ*) se desplaza a un tribunal distinto del que profirió la decisión impugnada. En la doctrina arcaica se consideraba que el tribunal que conocería del recurso (*ad quem*) podría ser perfectamente un tribunal de igual jerarquía al que pronunció la decisión impugnada (*a quo*).[2] Sin embargo, hoy existe unanimidad en el sentido de que un recurso devolutivo, o con efecto devolutivo, que es lo mismo, es aquel donde el conocimiento de la causa se traspasa a un tribunal de superior jerarquía a aquel que dictó la resolución impugnada. Son recursos devolutivos típicos la apelación y la casación ordinaria.

En sentido inverso, será no devolutivo el recurso que deba ser conocido y resuelto por el mismo tribunal que profirió la decisión impugnada.

C.- RECURSOS SUSPENSIVOS Y RECURSOS NO SUSPENSIVOS

Se denominan recursos suspensivos a aquellos cuya mera interposición en tiempo y forma impide la ejecución o el surtimiento de efectos de la decisión impugnada. En cambio, se consideran recursos no suspensivos a aquellos que no suspenden los efectos de la resolución recurrida.

En la moderna doctrina procesal, y así ha trascendido a los ordenamientos procesales actuales, se considera que todo recurso tiene efectos suspensivos, salvo cuando la ley establece expresamente lo contrario.

D.- RECURSOS EN AMBOS EFECTOS Y RECURSOS EN UN SOLO EFECTO

Como quiera que los efectos devolutivo y suspensivo son los más característicos y esenciales de los recursos, y emanan directamente del acto de interposición, ha surgido la división de éstos en recursos en ambos efectos o de doble efecto y recursos en un solo efecto.

Son recursos en ambos efectos o de doble efecto, aquellos que acarrean al mismo tiempo el efecto suspensivo y el efecto devolutivo, en tanto que serán recursos en un solo efecto aquellos que solo tienen o el efecto devolutivo, o el efecto suspensivo.

Solo los recursos devolutivos pueden ser de doble efecto, pues ya por definición comportan el efecto devolutivo y se les puede adicionar el efecto suspensivo o no. Así, por ejemplo, las apelaciones de autos o interlocutorias son por lo general recursos devolutivos de un solo efecto, pues interpuesto el recurso, el conocimiento se traslada a un tribunal superior, al que se envía una compulsa o testimonio certificado de las actuaciones, pero el proceso sigue su curso normal ante el tribunal natural de la causa. En cambio, la apelación de sentencia definitiva y la casación ordinaria son recursos devolutivos en doble efecto, pues la interposición de dichos recursos suspende los efectos de la sentencia recurrida.

Los recursos no devolutivos son, por fuerza de la naturaleza de las cosas, recursos en un solo efecto: el suspensivo, pues al no desplazarse el conocimiento del asunto a otro tribunal, el que profirió la decisión impugnada tiene que resolver el recurso antes de continuar adelante.

E.- RECURSOS ORDINARIOS Y RECURSOS EXTRAORDINARIOS

Es una clasificación que tiene dos vertientes o modos de manifestarse.

En primer lugar, puede hablarse de recursos ordinarios o extraordinarios con respecto a la motivación exigida al recurrente para interponer su impugnación. En este sentido se dice que, un recurso es ordinario cuando el legislador no exige formas especiales de motivación ni causales en las que ésta deba fundarse. Por tanto, el recurso ordinario por su motivación puede ir desde la simple manifestación de voluntad de impugnar (apelo de la decisión), hasta formas de motivación libre del recurso, cuando la ley exige alguna forma de motivación sin reglas específicas. Por su parte, se considera extraordinario un recurso en orden a la motivación, cuando el legislador exige que la impugnación se funde en causales específicas.

En segundo lugar, se dice que los recursos pueden ser ordinarios o extraordinarios respecto a la cosa juzgada. En esta acepción, los recursos serán ordinarios cuando se dirigen contra resoluciones judiciales que no han ganado firmeza y que, por tanto no tienen carácter de irrevocables ni constituyen cosa juzgada; en tanto que serán extraordinarios cuando su finalidad sea atacar la cosa juzgada.

Esta última distinción es controversial y entra en pugna con el concepto mismo de recurso, que supone la impugnación de aquellas sentencias que no han ganado firmeza. Sin embargo, es una distinción usual y la doctrina ha absorbido esas contradicciones, pues algunos ordenamientos como el COPP, denominan “recurso de revisión” al procedimiento seguido para corregir graves errores judiciales cristalizados por sentencias firmes y otros ordenamientos han establecido un recurso de casación extraordinario, que no impide la ejecución de lo decidido por el *a quo*, y que la doctrina

diferencia de la revisión no solo por el tipo de causales por las que se concede, sino por el hecho de que debe interponerse dentro de un tiempo relativamente breve después de la notificación de la recurrida.

3.- LOS EFECTOS DE LOS RECURSOS

Los efectos del recurso son aquellos que se producen por su mera interposición, los cuales son:

- *Efecto devolutivo,* que consiste en el paso del conocimiento del objeto del recurso a un tribunal superior al que dictó la decisión impugnada y el consiguiente envío a éste de las actuaciones o copia certificada de las mismas, según se trate de un recurso en doble efecto (devolutivo y suspensivo) o en un solo efecto (solo el devolutivo), respectivamente.
- *Efecto suspensivo,* consistente en suspender los efectos de la resolución recurrida mientras dura la sustanciación del recurso y con vistas a ella.
- *Efecto extensivo,* que consiste en la posibilidad de que los no recurrentes se hagan parte del recurso para aprovecharse de cualquier pronunciamiento favorable que resulte del mismo y que les sea aplicable por razones de conexidad, identidad, exclusión o inclusión respecto al objeto del proceso.

La forma en que se manifiestan los efectos devolutivo y suspensivo depende del diseño procesal de los recursos en cada legislación concreta, tal y como vimos en el punto de estudio relativo a la clasificación de los recursos. Sin embargo, la posible existencia de efecto extensivo en los recursos en materia penal, exige la presencia de varios coimputados en el proceso y que éstos se encuentren respecto al objeto del proceso en circunstancias tales que lo que se decida a favor del recurrente pueda serles aplicables a los otros, aun cuando no hayan recurrido. Esto será objeto de un profundo análisis más adelante.

4.- LOS FUNDAMENTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN O RECURSORIO

Al abordar el concepto de recurso dijimos que éste se diferencia de otros medios de impugnación en que se dirigen contra decisiones judiciales que no han ganado firmeza y en que todo recurso supone un *procedimiento*.

En general, el procedimiento recursorio puede ser racionalmente reducido a una fórmula general que implica los siguientes pasos:

1.- Determinación de procedencia o establecimiento de si la ley admite el recurso contra la decisión que nos proponemos impugnar y, en caso afirmativo, cuál es ese recurso y bajo qué requisitos debe

interponerse (impugnabilidad objetiva), así como la determinación de si estamos legitimados o no para interponerlo (legitimación o impugnabilidad subjetiva);

2.- Interposición efectiva del recurso, que puede verificarse a través de varios actos (anuncio y formalización) o de un solo acto (mera interposición o interposición simple), que incluso puede ser verbal;

3.- Contestación u oposición al recurso por las otras partes;

4.- Pronunciamiento de admisibilidad del recurso, ya sea por el tribunal *a quo* o por el tribunal *ad quem*, según el sistema procesal de que se trate;

5.- Análisis o debate del objeto del recurso, con audiencia o no de las partes, según el ordenamiento procesal; y

6.- Decisión del recurso con sus efectos.

En este sentido podríamos resumir el íter general de todo procedimiento de sustanciación y decisión de un recurso. Es en la regulación concreta de cada uno de los pasos señalados, donde las diversas legislaciones adoptan las variantes más disímiles, e incluso en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, dos leyes procesales con objeto afín pueden contener soluciones diferentes.

5.- LOS SUJETOS PROCESALES EN EL PROCEDIMIENTO RECURSORIO

El procedimiento recursorio da lugar al surgimiento de sujetos diferentes a los del procedimiento de conocimiento propiamente dicho o procedimiento de instancia (primera instancia). Los sujetos de los recursos, y sobre todo las partes, si bien pueden ser las mismas personas naturales o jurídicas que intervienen en el proceso cognitivo de instancia, adoptan en el procedimiento recursorio unos roles diferentes de los que juegan en aquél y por eso conviene estudiarlos detenidamente.

A.- EL RECURRENTE

El recurrente es la persona natural o jurídica que considera que una decisión judicial le ha causado una desventaja o agravio y, en consecuencia, ejerce la acción de impugnación e interpone el recurso, desatando un nuevo curso de conocimiento de la causa en su totalidad o de un aspecto muy importante de ella.

El recurrente no puede identificarse automáticamente con ninguno de los sujetos del proceso de la instancia. En el proceso civil el recurrente puede ser el demandado, el demandante o el tercero excluyente, o todos ellos a la vez por distintas razones, según consideren que una determinada decisión les agravia de tal o cual manera. En el proceso penal, igualmente pueden jugar

indistintamente el rol de recurrente el Ministerio Público o Ministerio Fiscal, el imputado, la víctima, y el tercero civilmente responsable, así como los herederos y sucesores legales de estos tres últimos.

Por tanto, la figura del recurrente como causante del procedimiento recursorio, es absolutamente independiente de aquel que origina la relación jurídico-procesal principal.

B.- EL OPONENTE

El oponente es aquella persona natural o jurídica que, habiendo recurrido o no, ejecuta actos de oposición o contestación al recurso, ya sea en forma escrita o verbal, en la oportunidad que la ley dispone para ello.

Pueden ser oponentes todas las partes de la relación jurídico-procesal principal con independencia de que también sean recurrentes, pues el recurso y la oposición son actos vinculados por sus objetivos, pero no por sus objetos. El objetivo tanto del recurrente como del oponente es vencer en el recurso, pero el recurso tiene por objeto el ataque a la decisión impugnada, en tanto que la oposición tiene como objetivo refutar el recurso de una parte contraria. En ese sentido, si, por ejemplo, el Ministerio Público pretendiese un aumento de pena para el acusado condenado, tendría que recurrir de la sentencia definitiva, pues desde la posición de oponente no puede sustentar pretensiones modificatorias de la recurrida. En el ejercicio del derecho de oposición a un recurso, una parte solo puede aducir las razones por las cuales considera que el recurso de la parte contraria no puede prosperar, pero nada más. Si un tribunal acoge la solicitud de desmejoramiento del recurrente por la sola oposición de la parte contraria que no ha recurrido, entonces ese tribunal incurriría en *reformatio in pejus*.

En otro orden de ideas, no puede negarse a quien ha sido recurrente, el derecho a oponerse al recurso de su contrario, pues en razón de que el lapso para recurrir es común para todas las partes, los recursos no se interponen tomando en cuenta lo que alegaría otro potencial recurrente respecto a la decisión recurrida, sino tomando en consideración solo la motivación y la parte dispositiva de ésta. Y si a eso agregamos que es posible y usual que todos los recursos sean interpuestos el mismo día, generalmente el último del lapso para recurrir, o en fecha muy cercana, es obvio que no puede aplicarse el razonamiento, hoy desechado por la doctrina procesal, de que cuando las partes adversas recurren de la misma decisión, el recurso de las unas es la contestación u oposición al recurso de las otras. En tal caso, el que introdujo primero el recurso no podría argüir nada contra el recurso de quien recurrió después.

C.- EL EXTENSIVISTA

El extensivista es aquel que siendo parte de la relación jurídico-procesal no se mostró interesado en, o no pudo, establecer un recurso propio contra la recurrida, pero que puede hacerse parte en el procedimiento recursorio a fin de solicitar que se apliquen los efectos beneficiosos que resulten de la acogida favorable del recurso.

El extensivista también puede solicitar la aplicación a su persona de los pronunciamientos favorables de la decisión que resuelve el recurso, una vez firme ésta, sin haber intervenido en la sustanciación del recurso, pero ya ese es otro tema que abordaremos más adelante en este trabajo.

En el proceso penal la figura de los extensivistas está limitada únicamente a los coimputados.

D.- EL ADHERENTE

El adherente es aquel que siendo parte no recurre y une su suerte a la de un recurrente con el que tiene afinidad de intereses en el proceso y haciendo suyo el recurso de aquél. Se trata, por tanto, de un recurso adhesivo que cargará con idéntico tratamiento al que se dé al recurso principal.

El adherente tiene que manifestar su intención de unirse al recurso principal en el mismo lapso que la ley concede para recurrir, pues de lo contrario no sería considerado un recurrente.

En el proceso penal, la víctima puede adherirse al recurso del Ministerio Público y viceversa, pero a condición de que el recurso principal sea presentado antes o al mismo tiempo que la adhesión, pues es inaceptable la manifestación recursoria adhesiva condicionada a la futura presentación del recurso principal.

Cualquier coimputado puede adherirse al recurso de su correo, pero siempre será considerado como un extensivista, y como tal conservará su derecho al pronunciamiento favorable. Si bien el extensivista puede actuar como adherente, se diferencia de éste en que, decursado el lapso para recurrir, no pierde su condición de tal y puede personarse en el procedimiento recursorio, es decir, hacerse parte en el mismo, durante el lapso de contestación del recurso y podrá solicitar que se le apliquen los efectos beneficiosos de la decisión que resuelve el recurso en cualquier tiempo después de pronunciada ésta, sin más límite que la racionalidad de tal aplicación.[3]

E.- EL TRIBUNAL A QUO

Se dice de aquel tribunal que dicta la resolución recurrida.

No debe confundirse el tribunal *a quo* con el tribunal de instancia, pues no existe una similitud automática entre estos conceptos. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos el tribunal *a quo* es el mismo tribunal de instancia, pero, por ejemplo, en un sistema de juzgamiento de tres grados como el venezolano actual o el italiano, que tienen primera instancia, apelación y casación, el tribunal *a quo* a los efectos del recurso de casación es el tribunal de apelación (Corte de Apelaciones). En el

sistema procesal penal venezolano, el tribunal de primera instancia (de control, de juicio o de ejecución) es tribunal *a quo* en los recursos de revocación, apelación de autos y apelación de sentencias definitivas.

F.- EL TRIBUNAL AD QUEM

Se dice de aquel tribunal al que corresponde conocer y decidir el recurso. Tampoco en todos los casos resultan sinónimos las expresiones tribunal *ad quem* y tribunal de alzada o tribunal superior, pues tales expresiones solo coinciden en los recursos devolutivos, mientras que en los recursos no devolutivos, como los recursos de revocación, reconsideración o súplica, el tribunal *ad quem* es el mismo tribunal *a quo*, o sea el que profirió la resolución impugnada.

6.- EFECTOS DE LAS DECISIONES QUE RESUELVEN LOS RECURSOS

En buena técnica, toda decisión que resuelve un recurso debe declarar expresamente si lo declara sin lugar o con lugar, en parte o totalmente.

El efecto de toda declaratoria sin lugar de un recurso es la confirmación de la decisión recurrida y así debe declararlo expresamente el tribunal *ad quem*.

La decisión que declara con lugar un recurso debe establecer en qué medida anula la decisión recurrida. A ese pronunciamiento se le conoce como juicio rescisorio o *iudicium rescissorium*.

Luego el tribunal *ad quem* debe decir con qué pronunciamientos sustituye los anulados de la recurrida (juicio rescindente o *iudicium rescindens*) o determinar, en los casos que la ley lo establece, el órgano que debe hacerlo y cómo.

7.- TIPOS Y FORMA DE RECURSOS EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Existe una marcada diferencia entre la forma básica de los recursos en el sistema anglosajón consuetudinario y los sistemas de Europa continental, estos últimos influidos decisivamente por las ideas jurídicas iluminístas consagradas por la Revolución Francesa de 1789, pues mientras los recursos anglosajones versan fundamentalmente sobre los hechos, los recursos de inspiración francesa se desarrollan principalmente en torno al Derecho.

Conforme a su vocación eminentemente factual, los recursos en Inglaterra, Estados Unidos Canadá, Jamaica y otros países de habla inglesa, tienen dos temas fundamentales: la legalidad de la obtención de la prueba y el cuestionamiento de la racionalidad de su valoración por jueces y jurados, en tanto que los recursos en los ordenamientos jurídico-procesales de Europa continental y sus derivados, se orientan básicamente hacia el análisis de la calificación jurídica y del uso del arbitrio

judicial. Lo ideal, obviamente, es la combinación de ambas cosas y a ello tienden los ordenamientos procesales penales modernos.

Resulta indudable que los medios de impugnación que tienen como finalidad la controversia de los hechos, del manejo de la prueba y su apreciación por parte del tribunal *a quo*, son mucho más garantistas que aquellos que solo están enfilados a controvertir únicamente la legalidad del juzgamiento y la aplicación del Derecho, no solo porque el alcance del recurso sea de suyo más amplio, sino porque los recursos fácticos, que por lo regular son ordinarios, son mucho más fáciles de formular en tanto tienen menores requerimientos técnicos. Los recursos de Derecho por lo general, por no decir siempre, son recursos extraordinarios y por tanto revestidos de extrema formalidad.

Se denomina *recurso ordinario* a aquel para el cual la ley no exige formalidades especiales al momento de su interposición. Por tanto, el recurso ordinario no tiene que ajustarse a motivos o denuncias ni cumplir con encuadres en preceptos autorizantes; la inconformidad se manifiesta pura y simplemente y respecto a cualquier aspecto de la decisión que se pretende impugnar. La amplitud e informalidad de algunos recursos ordinarios, los de apelación preferentemente, es tal que el recurso se considera interpuesto con una simple manifestación oral realizada por el acusado o sus defensores ante el Secretario del Tribunal *a quo*, el cual debe hacerlo así constar. En otros casos, basta que el acusado o sus defensores entreguen al tribunal un simple escrito, incluso manuscrito en papel común, que contenga la frase «apelo de esta decisión» y sus generales y firmas, para que se configure la impugnación. Si bien somos proclives a los recursos ordinarios, por considerarlos más democráticos, consideramos que demasiada amplitud es francamente perjudicial y solo ayuda a los pésimos abogados y nunca a la pulcritud del debate, pues tales formas de recurrir no expresan realmente en qué consiste la inconformidad con la sentencia recurrida ni los vicios que se le atribuyen, ni aportan límites claros al marco del juzgamiento recursorio, lo cual favorece la arbitrariedad judicial.

Pero, como ya lo habrá notado el lector aguzado, tales recursos absolutamente informales solo son posibles en los sistemas acusatorios que permitan la reproducción total del juicio en la segunda instancia, así como en los sistemas inquisitivos, donde la permanencia de las formas escritas permite su examen en todo tiempo, estado o grado del proceso. El recurso ordinario para ser útil a la búsqueda de la verdad debe ser razonado y circunstanciado. Las razones o motivos pueden ser cualesquiera, en tanto el recurso es ordinario, pero cualquier inconformidad con la sentencia impugnada debe ser debidamente motivada. El recurso que comúnmente se presenta bajo la forma ordinaria es el de apelación.

Por su parte, se denomina *recurso extraordinario* a aquel que no puede establecerse por cualquier tipo de inconformidad con la decisión recurrida sino solo por determinados motivos o causas que la ley señala expresamente y que normalmente se rodean de ciertas formalidades, cuyo incumplimiento determina la inadmisibilidad del recurso sin que se analice siquiera el fondo. El recurso extraordinario por excelencia es el recurso de casación de estirpe francesa, pues solo puede

interponerse por los motivos que la ley autoriza y es condición indispensable que el fundamento, concepto o motivación de la denuncia que se deduce esté perfectamente encuadrado en el precepto legal que se cita como autorizante de aquélla, pues de lo contrario el recurso será desestimado. Así, por ejemplo, si la ley autoriza el recurso de casación por dos motivos:

a.- Por haber incurrido la sentencia impugnada en error de derecho en la aplicación de las normas penales sustantivas, ya sea por aplicación indebida o por falta de aplicación;

b.- Por uso indebido del arbitrio judicial por parte del tribunal *a quo*, al sancionar con excesiva severidad o con generosa benignidad a quien no lo merecía.

En este caso, si el recurrente, al establecer su recurso, dice que ampara su denuncia en el literal a) porque el tribunal *a quo* cometió error de derecho al imponerle la pena máxima prevista para el tipo penal de la calificación a un acusado primario, en el que concurría además una atenuante, por lo que considera excesivamente severa la sanción impuesta, entonces, este recurso debe ser declarado inadmisible por cita inadecuada del precepto autorizante, ya que el literal «a» se refiere a problemas de calificación y la denuncia de nuestro caso trata de problemas de adecuación, por lo que debió ampararse en el literal «b». En esto reside el carácter extraordinariamente técnico y formal del recurso de casación y de los recursos extraordinarios en general, los cuales, ciertamente requieren mucha habilidad por parte de los abogados. En Francia, por ejemplo, el recurso de casación llegó a ser tan técnicamente exigente y formalista, que la Corte de Casación Penal tuvo originalmente dos salas, una de forma (Chambre des Requêtes) y otra de fondo (Cour); la función de la sala de forma era verificar si el recurso cumplía todos los extremos formales de ley. Si el recurso no pasa la prueba de forma será desestimado y el fondo no será nunca examinado.

Sin embargo, el desarrollo de las ideas democráticas en las sociedades occidentales iluminó, no sin reticencia, las mentes formalistas de los apóstoles de la casación francesa, quienes comprendieron al fin que el exceso de formalidad perjudica al ciudadano acusado, que no tiene por qué pagar con la pérdida de su derecho al re-examen de su causa, los errores de su abogado, sobre todo en materia penal, ya que los años de cárcel no pueden sacarse del bolsillo, o dicho de forma más ortodoxa, en materia penal, la responsabilidad civil en que incurran los abogados por sus errores en perjuicio de su cliente, no puede compensar la aflicción que éste debe sufrir por ello. Por esta razón, las legislaciones francófilas modernas, incluidas la española, la italiana, la rusa, la japonesa, la cubana y las de las provincias argentinas, reconocen que la cita inadecuada del precepto autorizante no puede ser óbice para la admisión del recurso, con tal que del contenido de éste pueda deducirse la intención del recurrente[162].

---

[162] .- En el caso de Venezuela, la Constitución de 1999, es terminante en su abominación del formalismo jurídico, y contiene tres normas apodícticas destinadas a combatirlo. Estas normas están contenidas en los artículos 2, 26 y 257. Según estas normas, la casación no puede ser formalista y la Sala de Casación Penal no podría rechazar ningún recurso porque haya un error en la norma que se invoca como infringida, o porque se omita la esquela clásica del precepto autorizante, es decir, esa parte del escrito del recurso que expresa: "*Con*

8.- LOS RECURSOS Y LOS CARACTERES DEL SISTEMA ACUSATORIO

Los caracteres del sistema acusatorio le imponen su sello particular a los recursos, pues estos son una extensión del procedimiento. De tal manera, el primado de la celeridad minimiza los recursos contra las decisiones interlocutorias, ya sean ellos en uno o en dos efectos, y los sustituye por un sistema de protestas preparatorias para el recurso que en su día se intente contra la sentencia definitiva. Cuando más, el sistema acusatorio permite algún tipo de recurso de reconsideración o reposición, que se interpone ante el propio órgano emisor de la decisión impugnada, sin mayores efectos.

De la misma manera, la forma de manejo del objeto del proceso que la separación de funciones procesales impone en el sistema acusatorio elimina por completo los procedimientos de consulta de oficio de las decisiones de instancia con los tribunales superiores e impone el principio de que estos solo puedan conocer en virtud de recurso de parte, que es una extensión a los recursos del principio *nemo iudex sine actore*. Esto a su vez implica dos corolarios ineludibles, que son la limitación de la competencia de la alzada a lo solicitado por los recurrentes (*tantum apellatum quantum devolutum*) y la prohibición de desmejorar al recurrente único (prohibición de *reformatio in peius*).

Empero, como consecuencia del desarrollo oral de la actuación, los tribunales de alzada podrán quizás examinar la valoración de la prueba del tribunal de instancia si existe algún registro exhaustivo de las audiencias. La oralidad implica, de suyo, enorme dificultad para el análisis de la prueba en los tribunales de apelación, porque cuando en la alzada se leen las trascripciones del juicio oral de primera instancia o se reproducen las grabaciones de este, se está renunciando automáticamente a la inmediación, ya que en esas condiciones no es posible inquirir al testigo ni al perito, ni apreciar adecuadamente sus reacciones. De igual manera, si se opta por repetir el juicio oral ante el tribunal de apelación, entonces el tribunal *ad quem* ya no estaría juzgando acerca de los elementos de prueba del juicio de instancia, sino sobre la base de la prueba practicada ante él, ya que se trataría en realidad de un nuevo juicio sobre los mismos hechos, pero en esencia distinto del primero.

---

fundamento en el artículo ... denuncio violación de la ley ..." , siempre y cuando se entienda lo que el recurrente quiere impugnar y el carácter de las violaciones denunciadas. Es por eso que cuando la Sala de Casación Penal considere inadmisibles o manifiestamente infundadas las denuncias de un recurso, debe dictar una decisión motivada, que permita al recurrente entender en qué se ha equivocado, que de a conocer a la colectividad los criterios de la Sala sobre a la forma correcta de fundamentar de las denuncias de casación y que satisfaga las exigencias de los presupuestos del Estado social de Derecho y de Justicia sobre el establecimiento de la verdad más allá de formalismos inútiles. No hay que olvidar que la sentencia de casación es hoy controlable por vía de amparo o de revisión por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Así, el problema del alcance de los recursos es fundamental, tanto en el plano objetivo como subjetivo. Cuando nos referimos al alcance objetivo de los recursos, estamos hablando, claro está, de los poderes del juez revisor sobre lo decidido previamente, y hasta qué punto puede modificarlo por sí mismo o por medio de una orden emitida a un juez de rango inferior, y en qué condiciones y limitaciones debe producirse ese nuevo pronunciamiento. Se trata del viejo problema referente al alcance del *juzgamiento recursorio*. Y cuando nos referimos al alcance subjetivo de los recursos, estamos hablando de dos cosas muy importantes, como el problema de la posible legitimación para recurrir de personas distintas de las partes o legitimación de terceros, y también, al problema de si el recurso debe aprovechar a quienes siendo parte no quisieron o no pudieron recurrir, es decir, nos estamos remitiendo al llamado efecto extensivo de los recursos.

De tal manera, el alcance del juzgamiento en la alzada varía enormemente en las distintas formas de enfocar los recursos en los sistemas acusatorios hasta hoy conocidos, pues se extiende desde la reproducción total del juicio en el tribunal superior, pasa por la posibilidad de analizar la prueba practicada en primera instancia a través de los registros (actas exhaustivas o grabaciones de audio o video) y llega hasta la sola posibilidad del recurso de mero derecho, que da por sentado que el tribunal valoró adecuadamente la prueba y estableció correctamente los hechos.

De todas las formas de alcance del juzgamiento recursorio mencionadas, la que a nuestro juicio parece más conveniente y adecuada a la naturaleza del sistema acusatorio es la segunda, pues el recurso de mero derecho es excesivamente limitado y puede cobijar graves injusticias y la reproducción del juicio oral en una segunda instancia de hecho y de derecho es sumamente costosa y desnaturaliza la esencia misma del recurso.

Por otra parte, los recursos en el sistema acusatorio están sometidos, aparte de la prohibición de *reformatio in pejus*, a la algunos principios o normas generales, destinadas a garantizar su efectividad. Entre estas normas o principios tenemos la impugnabilidad objetiva, la legitimación, la prohibición de reconocimiento, y el efecto extensivo.

A.- IMPUGNABILIDAD OBJETIVA

La impugnabilidad objetiva implica que las decisiones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos. Esto significa que no es posible recurrir por cualquier motivo o razón de libre escogencia del recurrente, ni impugnar las decisiones por cualquier clase de recursos, sino que toda decisión que no sea declarada expresamente inimpugnable, solo podrá ser atacada por los recursos y motivos expresamente autorizados por la ley.

La impugnabilidad objetiva es la relación que establece el legislador entre determinadas decisiones judiciales y los recursos, para indicarnos, precisamente, cuáles de ellas son impugnables y cuáles no; y de las impugnables, cuáles son los recursos procedentes contra cada una de ellas. Se llama impugnabilidad *objetiva*, porque los indicadores en los que se basa el legislador para definir la relación entre una decisión judicial y el recurso que contra ella se autoriza, son de carácter *objetivo*, es decir, se refieren a circunstancias de tiempo y forma del proceso que no dependen de las características de las personas o sujetos que intervienen en éste. La relación entre la posibilidad de recurrir y los sujetos del proceso es lo que se denomina impugnabilidad subjetiva o legitimación para recurrir, la cual será estudiada más adelante.

Ahora bien, ¿cuáles son los principales indicadores objetivos que determinan esa relación entre la decisión judicial y el recurso que el legislador considera adecuado para impugnarla? Pues esos indicadores son:

1.- *El tipo de decisión*. Si se trata de una providencia de mera sustanciación se autorizará, cuando más un recurso no devolutivo (reconsideración, reforma, súplica, ocurso o revocación); pero si se trata de un auto interlocutorio que decide un punto esencial del proceso o de una interlocutoria con fuerza de definitiva se autorizará el recurso de apelación, al tiempo que contra las sentencias definitivas de instancia o grado, se autorizará los recursos de apelación o de casación, según el ordenamiento de que se trate sea de dos o de tres grados de conocimiento.

2.- *La naturaleza del asunto decidido y el tipo de procedimiento o incidencia en el que recae la decisión*. En el COPP venezolano, por ejemplo, se establece que el procedimiento para reclamar la responsabilidad civil termina por sentencia, pero el legislador considera que dicha sentencia debe ser inapelable y así expresamente lo consagra, por cuanto consideró, erróneamente a nuestro juicio, que existiendo ya una declaratoria de culpabilidad penal previa, en ese procedimiento todo se reduce a fijar la cuantía de la reparación. De igual manera, hay ordenamientos procesales que conceden el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en juicios orales de primera instancia, pero para ciertos casos especiales establecen la llamada casación *per saltum*, como ocurría en la regulación original del COPP venezolano (1998) para las sentencias dictadas en juicios por jurados.

3.- *El órgano del cual proceden las decisiones*. Ciertos recursos se ordenan tomando en cuenta el tipo de órgano que emite la decisión a ser impugnada, asociándose toda decisión de ese órgano a un tipo de recurso.

4.- *El lapso para interponer el recurso*. Es un elemento variable en función del tipo de recurso. En los recursos no devolutivos el lapso de interposición es mucho más breve, a veces brevísimo, que en la apelación o la casación, los cuales por su propio carácter devolutivo implican un traslado del conocimiento que a veces confronta dificultades geográficas (distancia, transporte, comunicaciones, etc.).

5.- *Requisitos de forma*. Se refiere a las exigencias del legislador acerca de si el recurso debe interponerse por escrito o de forma verbal, con especificación motivada de las denuncias o no, con señalamiento del agravio o no.

Como puede verse, conforme al principio de impugnabilidad objetiva, el legislador determina, de acuerdo con esos indicadores, qué recurso debe autorizar para impugnar las diferentes decisiones judiciales, y lo hace a través de disposiciones contenidas en el libro de los recursos, tanto las de carácter general, como de las específicas en la regulación de cada recurso en particular, evitando así la letanía que acarrea la mala técnica legislativa que consiste en regular el recurso, con todos sus pormenores, al pie de cada decisión judicial.

La plasmación general de la impugnabilidad objetiva tiene, además, suprema importancia a los efectos de la determinación de la *procedencia* y la *admisibilidad* de los recursos.

B.- LEGITIMACIÓN

El procedimiento recursorio supone, como ya hemos visto, la presencia de varias partes, a saber, el recurrente, el oponente, el adherente y el extensivista.

La legitimación del recurrente es obviamente el pivote central del tema de la legitimación de los sujetos que pueden intervenir en el procedimiento recursorio, por dos poderosas razones: la primera de ellas, porque si el recurrente no está legitimado para interponer el recurso, entonces todo lo demás sobra; y la segunda razón, porque el que tiene cualidad para recurrir también la tiene para jugar los roles de oponente, adherente o extensivista.

Sin embargo, no solo tiene un alto interés práctico el conocer los fundamentos jurídicos de la intervención de los demás sujetos del procedimiento para conocer de los recursos, sino también es de suma importancia conocer cómo pueden intervenir en los recursos aquellos que no son originalmente parte en el proceso.

La legitimación para ser parte en el procedimiento recursorio es la cualidad que se reconoce a una determinada persona natural o jurídica o a un órgano del poder público, en virtud de su relación legítima con el objeto del proceso. Por tanto, legitimación para ser parte en los recursos es simplemente una manifestación de la *legitimatio ad causam*, aplicada concretamente a los recursos como sector del proceso, o dicho en otras palabras, es el derecho subjetivo a intervenir en la sustanciación del recurso, ya sea alegando o probando, de acuerdo con la extensión de conocimiento que tenga el tribunal *ad quem*.

El tratamiento del problema de la legitimación para ser parte en los recursos en el proceso penal, se ha distinguido del tratamiento que se ha dado a este punto por la doctrina del proceso civil, en que esta última hace derivar toda forma de legitimación *ad causam* del llamado “interés subjetivo legítimo” o “interés directo en el fallo por razones de derecho subjetivo”. La Doctrina Procesal Penal,

en cambio, ha negado insistentemente la existencia de un derecho subjetivo del Ministerio Público para ejercer la acción penal en el sistema acusatorio o mixto, en tanto es un órgano del Estado, impersonal e insensible, al menos en teoría. De manera que la presencia de ese órgano como principalísimo sujeto en el proceso penal ha impedido hasta hoy una unificación conceptual del problema de la legitimación *ad causam* para todas las formas de proceso. Sin embargo, no son pocos los que consideran que la intervención del Ministerio Fiscal, está justificada por el interés de toda la sociedad concretado en la ley.

En vista de lo antes señalado, el problema se ha resuelto por otra vía, ya que las necesidades de la convivencia civilizada desde hace muchos años, condujeron al llamado monopolio de la persecución del delito por parte del Estado y al conferimiento concreto de la acción penal al Ministerio Público. En este sentido, los *"subjetivistas"*, es decir, los estudiosos que sostienen que sí hay un contenido de derecho subjetivo en la actuación del Ministerio Público, afirman que este órgano actúa como representante del verdadero titular del derecho subjetivo, que es la comunidad toda.

Empero, las leyes modernas no conciben al Ministerio Público como mero acusador público, sino que le imponen la llamada obligación de parte de buena fe, que implica que tal órgano no es solamente el depositario de la llamada vindicta pública, que remeda la idea de venganza colectiva, sino un actuario que debe recoger fielmente en el proceso penal, tanto lo que perjudica al reo, como aquello que le beneficia (ver art. 281 COPP). Por esta razón, la legitimación del Ministerio Público para recurrir en casación tiene por fuerza que comprender tanto la denominada *intentio in pejus*, o pretensión de agravamiento de la situación del procesado; la *intentio in bonus*, o recurso en interés del acusado penado, así como la actividad de oposición o adhesión a los recursos del imputado según los intereses de la comunidad.

Sin embargo, desde hace más de un siglo, nadie discute el interés legítimo del imputado en defenderse, el cual es el fundamento de su legitimación para recurrir en procura de mejora, para oponerse al recurso que le agravia o para adherirse a aquel que le beneficia, pues, a fin de cuentas, los recursos son para el imputado un medio más de defensa.

En cuanto a la víctima del delito, su consideración como parte en el proceso penal solo ha venido a cristalizar a partir de los años finales del siglo XX y, en muchos ordenamientos nacionales ni siquiera ha llegado a consolidarse plenamente. Baste para ello recordar que en nuestro COPP, antes de la reforma de 14 de noviembre de 2001, no se permitía a la víctima recurrir autónomamente, pues únicamente podía hacerlo cuando recurriera el Ministerio Público.

En general, la legitimación de la víctima para intervenir en los diversos roles de parte en los recursos siempre está en dependencia de la mayor o menor amplitud que el ordenamiento legal positivo le reconozca como parte en el proceso penal y como sujeto de la acción penal. De acuerdo con ello, las facultades de la víctima del delito pueden extenderse desde su actuación en los recursos como simple parte civil, en aquellos ordenamientos procesales penales que admiten la tramitación de

la acción civil conjuntamente con la penal, hasta su intervención como sostenedora independiente de la acción penal propiamente dicha.

Por otra parte, es todavía menos pacífica la legitimación de los terceros que no han sido parte inicialmente en el proceso penal y ello, por lo general, conduce a un conflicto aparente de normas, pues de ordinario, la legislación adjetiva penal reduce la legitimación para intervenir en la tramitación de los recursos, a las partes originales del proceso penal, y muchas veces, la posible legitimación de los terceros proviene de normas civiles y administrativas, que facultan a las personas naturales y jurídicas privadas, así como a las personas jurídicas territoriales, a las personas de Derecho público y a los institutos autónomos de adscripción pública, para perseguir sus intereses en toda suerte de procesos. En el proceso penal, esto generalmente ocurre cuando la sentencia penal contiene disposiciones que pueden afectar los intereses de esas personas o entes o en los casos en que la legislación civil confiere a los herederos del imputado o de la víctima el derecho a sucederlos en la cualidad recursoria.

C.- PROHIBICIÓN DE RECONOCIMIENTO

El principio de *prohibición recognoscitiva* implica que los jueces que pronunciaron o concurrieron a dictar la decisión anulada no podrán intervenir en el nuevo juzgamiento de fondo que se ordene sobre el asunto, con motivo de la declaratoria con lugar de un recurso, pues ya adelantaron criterio y estarían prejuiciados. En el caso concreto del proceso penal venezolano regulado por el COPP, esto significa que si una Corte de Apelaciones o el Tribunal Supremo de Justicia, al declarar con lugar un recurso de apelación o casación, ordenan la celebración de un nuevo juicio oral en la causa, el juez profesional y los escabinos, en su caso, que participaron en el juicio anulado, no podrán tomar parte en ese nuevo juicio. De igual manera, este principio es aplicable a las interlocutorias con fuerza de definitiva, cuya anulación pueda dar lugar a un nuevo examen de la causa, como sería el caso de la revocatoria del auto de sobreseimiento.

D.- EFECTO EXTENSIVO

En general, el efecto extensivo de las situaciones jurídico-penales es producto de la necesidad de determinar la existencia o no de responsabilidad penal de personas diversas en relación con hechos que, de alguna manera, les son comunes, cuando tal determinación se produce en tiempos diferentes, con el propósito de asegurar una aplicación equitativa, proporcionada y justa del Derecho penal y de sus consecuencias procesales.

En ese sentido, el efecto extensivo, en su acepción básica y esencial, es una norma de orden público y por tanto de carácter imperativo y apreciable de oficio, según la cual, los pronunciamientos beneficiosos que puedan hacerse a favor de alguno de los imputados, en cualquier estado y grado del proceso, deben ser aplicados a todos sus coimputados o personas enjuiciables por los mismos hechos o por hechos conexos, siempre y cuando su participación en los mismos sea la misma, o guarden entre sí una relación de tipicidad correspectiva, es decir, que la calificación de uno dependa de las del otro, o cuando todos los imputados se hallaren cobijados por idénticas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

El efecto extensivo es una consecuencia de la continencia objetiva de la causa y de la unidad del objeto del proceso que trasciende a la cosa juzgada, y que tiene como finalidad última la evitación de fallos contradictorios, dictados en un mismo proceso o en procesos diferentes, respecto a personas diferentes. Por tanto, la aplicación o no del efecto extensivo vendrá determinado por la relación que tenga la participación de diversas personas en un mismo hecho o en hechos conectados entre sí y por la calificación jurídica que se dé a tales hechos. El efecto extensivo puede funcionar por inclusión, por exclusión y accesoriedad. Así, por ejemplo:

• Todos los que hayan participado por igual en un mismo hecho, deben beneficiarse por igual de la declaración de inexistencia, de insignificancia o de atipicidad del mismo, bien sea que estén siendo todos juzgados por ese hecho en un mismo proceso o que sean juzgados unos primero y otros después. Lo mismo ocurrirá respecto a la calificación jurídica del hecho común.

• La certeza de que un hecho solo pudo ser cometido por una persona, excluye la participación de otras y por tanto a esas otras pueden extenderse los beneficios que resulten de tal certeza.

• El sujeto cuya participación depende de la de otro, se beneficiará por extensión de todo cuanto mejore a este último.

Las situaciones más comunes en las cuales puede aplicarse el efecto extensivo son:

• Cuando los hechos comunes a varios coimputados no revistan carácter no penal, o merezcan una calificación más benigna;

• Cuando los hechos comunes a los coimputados sean inexistentes;

• Cuando haya falta absoluta de pruebas respecto a los hechos comunes a los coimputados;

• Cuando se declare no existir el delito principal del cual se hace derivar un concurso, o formas de participación accesorias;

• Cuando se declare la menor gravedad del delito principal, provocando una atenuación de la pena de los conexos y partícipes accesorios.

Cualquier pronunciamiento procesal que se produzca en estos casos a favor de un imputado debe beneficiar a los que se hallen en las mismas circunstancias o en circunstancias conexas, aun cuando no sean parte en el proceso o no se encuentren a derecho, pero siempre en la medida en que pueda establecerse el vínculo adecuado entre sus respectivas participaciones.

De tal manera, si la falta de tipicidad, la inexistencia declarada o la falta de pruebas de un hecho, da lugar al sobreseimiento de la causa, ello beneficia a todos los que se le impute haber intervenido en el mismo, estén en el proceso o no, pero solo por lo que respecta a ese hecho específico, pues de existir en la causa otros hechos delictivos probados, cada imputado responderá por su respectiva participación en los mismos. Si alguno es imputado como cooperador en un secuestro por haber hurtado un carro y ponerlo a disposición de los secuestradores y luego se prueba que no hubo tal secuestro, ahora será responsabilizado solo del hurto del vehículo. Igualmente, si alguno fue condenado como cómplice de un homicidio calificado o asesinato, y no recurrió, pero sí lo hizo el acusado principal, dando lugar a que la calificación jurídica del hecho fuera cambiada a homicidio intencional simple con la consiguiente rebaja de pena, entonces la pena del declarado cómplice debe ser consecuentemente rebajada, en razón de la conexidad que existe entre ambas formas de participación en un hecho común.

9.- LOS RECURSOS NO DEVOLUTIVOS EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Los recursos no devolutivos son aquellos que no suponen una alzada, pues deben ser resueltos por el mismo tribunal que dicta la resolución recurrida, de tal forma que el tribunal *a quo* coincide con el tribunal *ad quem*. De tal manera, este recurso tiene por finalidad la subsanación de un agravio menor del mismo tribunal que lo ha causado. A este tipo de recurso se le ha denominado indistintamente como de súplica, de revocación, de reposición o de reconsideración. En el sistema acusatorio se usan, fundamentalmente, para canalizar las protestas de las partes durante las audiencias, por lo que suele interponerse, sustentarse y decidirse de manera oral e inmediata.

Muchos estudiosos del derecho procesal han cuestionado la importancia práctica de los recursos no devolutivos, por el hecho de que la corrección del agravio o desventaja que la recurrida comporta se le solicita al mismo órgano que la produce. En realidad, si la existencia de los recursos tiene su más profunda causa en la corrección de la natural tendencia humana al error, parece contraproducente que se le encomendara la enmienda del yerro a su mismo causante, habida cuenta de que otra de las características de la naturaleza humana es también la tendencia al orgullo y a la exacerbación del amor propio, que hace difícil dar el brazo a torcer.

Sin embargo, no puede generalizarse la conclusión precedente, pues el recurso no devolutivo o de corte suplicatorio no supone siempre la figura de un juez unipersonal que deba revisarse a sí mismo, en tanto el tribunal *a quo ad quem* puede ser perfectamente un tribunal colegiado. Además, cabe la posibilidad de que un recurso no devolutivo, aun siendo unipersonal el tribunal *a quo ad quem*, sea resuelto por una persona distinta de aquella que

dictó la resolución impugnada, siempre que en el ínterin se haya dado un cambio en la titularidad subjetiva del órgano o desplazamiento objetivo de la competencia por regulación de competencia, inhibición o recusación, de manera tal que el nuevo titular del oficio judicial vendrá obligado a resolver el recurso pendiente.

También es necesario destacar que los recursos no devolutivos o de reconsideración solo se autorizan contra decisiones de mero trámite o de dirección de los debates en audiencia, que no resuelven el fondo de la causa, y ni siquiera puntos sustanciales del proceso, pero que pueden llegar a causar serios gravámenes a las partes en las audiencias orales. Se trataría de asuntos tales como la variación en el orden de práctica de la prueba, la suspensión intempestiva de la audiencia o la decisión de escuchar a un testigo evidentemente viciado por su presencia previa en la sala.

Los recursos no devolutivos tienen la finalidad de llamar la atención de la autoridad que dictó la decisión recurrida para que recapacite y rectifique, si es de justicia hacerlo, los errores cometidos en la sustanciación del proceso, al tiempo que se deja constancia de que la parte afectada intentó corregir tempranamente el vicio denunciado, para efectos preparatorios del recurso de apelación o casación.

Podemos decir que todo recurso no devolutivo es siempre un recurso en un solo efecto, el suspensivo, pues de lo contrario no sería un recurso, sino un remedio procesal. Siendo que los dos efectos esenciales de los recursos son el devolutivo y el suspensivo, y privado como está, por definición, el recurso no devolutivo del desplazamiento de la competencia recursoria, no puede menos de tener efecto suspensivo. No se trata aquí de una solicitud cualquiera que el juez deba resolver discrecionalmente, sino de la impugnación legal de una decisión que debe ser resuelta por el juez en un lapso legalmente establecido prescindiendo, en tanto, de la ejecución de aquella.

Finalmente, y para concluir este punto, tenemos que abordar el tema relativo a si las decisiones que resuelven un recurso no devolutivo son susceptibles de ulterior apelación. En términos generales la respuesta sería negativa, pues en atención a la poca monta (mera sustanciación) de la materia objeto de este recurso, es evidente que, en principio, la decisión que resuelve un recurso de no devolutivo no le pondría nunca fin al proceso, ni versaría sobre medidas cautelares, ni causaría gravámenes irreparables. Si así fuera, el recurso de apelación procedería directamente contra la decisión originaria y no contra la que resuelve la petición de revocación o reposición. Sin embargo, como el fraude a la ley es libre en su comisión y el error judicial es una posibilidad real dentro de la imperfecta naturaleza humana, es posible que en la decisión que resuelve el recurso no devolutivo el juez *a quo ad quem* se desvíe de la materia del recurso y produzca un gravamen susceptible de ser reclamado en apelación.

En todo caso sería un problema casuístico y corresponderá a los tribunales de apelación determinar la posible procedencia del recurso.

10.- NATURALEZA DEL RECURSO DE APELACIÓN. LA APELACIÓN COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Una larga evolución de la doctrina procesal ha establecido que la verdadera naturaleza del recurso de apelación viene determinada por la posibilidad cierta, efectiva y no sujeta a rechazo, de reexamen inmediato que del mérito de la causa hace un juez superior y, obviamente, por la extensión que la ley le confiere al juzgador de segundo grado para realizarlo[163].

En el marco del debate teórico-practico sobre la naturaleza del recurso de apelación se plantean algunas cuestiones esenciales, que debemos analizar con todo rigor para poder desentrañar la verdadera naturaleza de este medio de control de la actuación judicial y de búsqueda del perfeccionamiento de la justicia. En general, el asunto se concreta a lo siguiente:

En primer lugar, conviene establecer como punto de partida que el recurso de apelación en materia penal es un asunto fundamental de derecho político, visto tanto desde el punto de vista general y abstracto de los llamados fines del Estado (uno de los cuales es la realización del valor justicia), como desde el punto de vista concreto de los intereses de las personas involucradas en el proceso, es decir, visto el recurso como un derecho humano de los justiciables. Pero ya desde este punto, el enfoque del asunto se torna polémico, pues los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tal como la mayoría de las constituciones de los Estados democráticos solo reconocen como derecho humano esencial la facultad del imputado de apelar contra el fallo condenatorio, mas no el derecho de la víctima o del ministerio público al recurso, aun cuando las legislaciones ordinarias suelen consagrarlo, por lo menos en los países de derecho continental, pues es bien sabido que en los países del *common law* no hay recurso contra la absolución pronunciada por jurado popular.

En el plano de los intereses generales de toda la sociedad, la apelación es un asunto de derecho político, pues como ya se ha dicho, es un medio de control de la actuación de los

---

[163].- Sobre esa larga evolución de la concepción de la apelación recomendamos al lector acucioso y perspicaz la lectura del capítulo I de la parte II del tomo III del *Tratado de derecho procesal penal* del maestro GIOVANNI LEONE, dedicado precisamente a la apelación como medio singular de impugnación. Sabemos que la sola referencia bibliográfica es larga, pero bien vale la pena, pues allí, incluidas las notas al pie de página, el genial jurista italiano hace un análisis total de lo que es y no es el recurso de apelación. Y si se quiere complementar esta visión, léase el tratado del profesor alemán CLAUS ROXIN, que tiene una versión castellana (Buenos Aires, Editores del Puerto, 1989).

jueces de instancia destinado a prevenir la arbitrariedad, favorecer la aplicación uniforme de la ley y ofrecer la posibilidad de obtener de jueces superiores teóricamente mejor preparados y más experimentados una segunda opinión de los hechos justiciables. En este caso, la apelación de las decisiones judiciales es un problema esencial de la convivencia democrática, aun cuando algunos consideren que es precisamente su *alter ego,* pues no son pocos los que piensan que la posibilidad de apelar contra las decisiones judiciales favorece las causas injustas de los poderosos, que tienen mayor influencia en los tribunales de alzada. Tomando en cuenta que las exigencias de compromiso con el poder son mayores para quienes ocupan los altos cargos en el aparato judicial y que la presencia de jueces contestatarios, émulos de Robin Hood, es mayor en los niveles bajos de la administración de justicia. Sin embargo, esta es una opinión sesgada y poco aceptable como generalización científica, en tanto parte de la equivocada idea según la cual la injusticia es el fruto de la desigualdad patrimonial y constituye el rasgo distintivo de la sociedad dividida en clases, por más democrática que esta sea, aun cuando haya que reconocer que para casos determinados, e infortunadamente no poco frecuentes, semejante apreciación es plenamente válida.

También se ha dicho que la apelación es una forma civilizada de canalizar la natural inconformidad de las partes ante un eventual resultado adverso del proceso y de satisfacer el consabido "derecho al pataleo". Quizás en esto radique la verdadera esencia humana del derecho a apelar. Tan natural es la concepción de la apelación como remedio contra la tendencia humana al yerro y la fatalidad, que no apelar de ciertas decisiones condenatorias, acto consagrado en las leyes, es sinónimo de autoritarismo o del carácter draconiano de esas legislaciones, y por ello hoy solo se lo admite ante decisiones interlocutorias o en aquellas definitivas que imponen pequeñas penas pecuniarias o amonestaciones.

Así las cosas, el derecho a la apelación se nos presenta como una facultad inalienable de quien resulta agraviado por la decisión judicial definitiva de primera instancia, de obtener una revisión del juzgamiento por un tribunal superior. Esto, obviamente y en las condiciones actuales de desarrollo de la sociedad humana, no puede limitarse al imputado, sino que debe extenderse también a la víctima, pues las expectativas de justicia de esta resultan no pocas veces burladas por los resultados procesales.

Llegados al punto anterior y establecido que la apelación es un derecho humano esencial, nos conviene preguntar: ¿en qué consiste el derecho a la apelación? Esta interrogante puede tener dos respuestas posibles: una de carácter formal y otra sustancial o de fondo.

La respuesta formal consiste simplemente en conceder a las partes la posibilidad de manifestar su inconformidad con la decisión definitiva de primera instancia, sin que ello implique que necesariamente se producirá el reexamen de lo juzgado y decidido, pues esta

concepción del asunto deja abierta la posibilidad de que el recurso sea rechazado o no admitido por meras razones de forma, tales como supuestas contradicciones en la motivación del recurso, la cita inadecuada o errónea de los preceptos invocados como infringidos por el recurrente, etc.; ellas son más el producto de la molicie de los juzgadores que la obra de los recurrentes. Conviene no olvidar en este punto que la doctrina procesal penal ha evolucionado lo suficiente como para poner en duda la eficacia y justeza de la admisión en un solo efecto (devolutivo) de los recursos interpuestos contra decisiones definitivas de primera instancia, y mucho más aun para cuestionar la equidad intrínseca del hecho de que sea el propio tribunal que pronunció la sentencia apelada el que deba pronunciarse sobre la admisión o rechazo del recurso. Hoy no debieran quedar dudas de que la jurisdicción del *a quo* se agota con el pronunciamiento de la sentencia de su grado y que por razones esenciales de falta de objetividad no debe encomendarse a este la decisión sobre la admisión de la apelación, ni aun por razones de extemporaneidad o falta de legitimación, únicas razones por las que no pudiera ser admitida la apelación en un sistema procesal penal democrático.

La respuesta sustancial o de fondo al derecho de apelación no puede consistir sino en la admisión obligatoria de la manifestación de voluntad impugnadora, siempre que se haya realizado por quien esté legitimado para ello dentro del lapso legal establecido. De tal manera, solo la falta de legitimación y la extemporaneidad pueden constituir causales de no admitir el recurso de apelación y, en consecuencia, todo recurso autorizado por la ley, presentado en tiempo por quien esté legitimado para ello, deberá conducir inexorablemente a un verdadero examen de fondo de lo juzgado y decidido en primera instancia, sin que pueda el tribunal de instancia o el de apelaciones, rechazar el recurso por cualquier otra causa. De tal manera, el recurso de apelación se convierte en un derecho efectivo a la revisión del juzgamiento de primera instancia.

Ese parece ser el imperativo de los artículos 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 8.2.h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDDHH) o Pacto de San José de Costa Rica, que forman parte del bloque de derechos constitucionales de muchas naciones:

> "*Art. 14.5 (PIDCP).* Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidas a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".
>
> "*Art. 8.2.h (CIDDHH).* Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

> [...]
>
> ”h). Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Parece obvio que lo anhelado por el constituyente y por el legislador internacional fuera asegurar el derecho efectivo al reexamen de lo juzgado y decidido en primera instancia y no la mera consagración legal del recurso que se viera frustrada luego por una declaración formalista de inadmisibilidad.

Incluso, el artículo 8.2.h) del Pacto de San José de Costa Rica (CIDDHH), en nuestra opinión, soporta plenamente la posibilidad del derecho constitucional de la víctima a la apelación, en tanto se refiere a que “toda persona”, y no solo el imputado, “tiene derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Obsérvese también que aunque el artículo 14.5 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos consagra la posibilidad de que la ley reglamente las condiciones objetivas de impugnación y que, inclusive, pueda llegar a excluir el recurso en ciertos casos, como el de las personas juzgadas en única instancia por el máximo tribunal del país, es obvio que esas facultades del legislador no pueden ser tan amplias como para frustrar el acceso al reexamen efectivo del fallo de primera instancia.

Sin embargo, si analizamos con cuidado las normas internacionales (PIDCP art. 14.5 y CIDDHH, art. 8.2.h) a que hemos hecho referencia, notaremos que ninguna de ellas se refiere al así denominado *principio de la doble instancia*. Sin embargo, se ha hecho frecuente entre nosotros que la exigencia de conocimiento efectivo del recurso por la corte de apelaciones se denomine de esa manera (segunda instancia). Técnicamente, una segunda instancia en materia de procedimientos orales solo se configura cuando el mérito de la causa se reproduce total o parcialmente ante el tribunal de apelaciones, que podrá examinar directamente las pruebas de la causa y dictar una decisión propia en la que podría valorar dicha prueba por sí y establecer los hechos justiciables como producto de ello y con independencia de lo que haya expresado el tribunal de instancia.

Una segunda instancia es un conjunto de actos procesales seguidos por un tribunal del grado de conocimiento inmediato superior al de primera instancia y que permite a dicho tribunal de alzada conocer de las mismas cuestiones de hecho y de derecho conocidas por el tribunal de juicio y decidir conforme a la prueba de mérito apreciada por sí y ante sí. El sistema de motivos limitados les impide a los tribunales de apelación la *iurisdictio ad integrum* que una segunda instancia supone.

Pero si, como hemos visto, ni la realización de una verdadera segunda instancia, ni el carácter ordinario del recurso para la motivación son características imprescindibles o esenciales de la apelación en un sistema procesal basado en la oralidad, tendríamos que

preguntarnos, entonces: ¿Cuáles son las características verdaderamente distintivas de este recurso en un sistema de tal tipo y que lo distinguirían de los restantes medios de impugnación?

En primer lugar, el efecto devolutivo, que establece la distinción entre la apelación y los recursos no devolutivos y, en segundo lugar, el efecto suspensivo, que distingue a la apelación de sentencia definitiva (verdadera *apellatio*) de la apelación de autos o apelación de interlocutorias que, como bien sabemos, es perfectamente sustanciable sin la interrupción de los efectos de la recurrida, salvo el caso, claro está, de aquellas decisiones interlocutorias con fuerza de definitiva, en tanto resuelven la instancia y hacen imposible la prosecución del proceso. En tercer lugar, conocimiento del mérito de la causa por el órgano de apelación distingue la apelación de la casación, que es un recurso esencialmente de derecho y excepcionalmente de hecho.

Por tanto, la verdadera esencia de la apelación en un sistema procesal basado en la oralidad, reside en la conjunción de los efectos devolutivo y suspensivo, con la posibilidad de que el órgano de apelación pueda entrar a conocer de los mismos hechos de los que conoció el tribunal de primera instancia.

11.- EL RECURSO DE APELACIÓN Y EL ALCANCE DEL JUZGAMIENTO DE SEGUNDO GRADO

El más arduo problema que debe resolver el legislador a la hora de establecer el procedimiento de apelación en un sistema procesal que tenga como fundamentos la oralidad y la inmediación en el juzgamiento de primera instancia es el problema del alcance del juzgamiento recursorio, ya que dichos fundamentos imponen severas dificultades al acceso del juez de alzada a la fuente de convicción del tribunal del juicio oral y al conocimiento mismo del desenvolvimiento del debate, las cuales no pueden salvarse con la mera lectura de la sentencia, por muy motivada o fundada que sea. Este problema se concreta fundamentalmente a saber cuáles habrán de ser las facultades y prerrogativas del tribunal de segundo grado según el conocimiento del asunto.

¿Qué debe hacerse entonces? ¿Deberá el procedimiento de apelación consistir en una repetición total o parcial del juicio oral ante el tribunal de alzada, o deberá en cambio consistir la apelación en una mera revisión de la legalidad del procedimiento y de la sentencia sobre la base de causales establecidas por el legislador? ¿O existirá, por el contrario, alguna forma de que el órgano de apelación revise el mérito o fondo de la causa sin que ello implique la violación del principio de inmediación?

A estas preguntas trataremos de dar respuesta en los subepígrafes que siguen.

A.- EL PROBLEMA DEL ALCANCE DEL JUZGAMIENTO EN APELACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ESCRITOS O CON PRIMADO DE LA ESCRITURA

En los procedimientos escritos el problema del alcance del juzgamiento se resuelve de manera sencilla y contundente, pero sobre una base endeble y falaz, pues los procedimientos escritos adolecen totalmente de falta de inmediación y, por tanto, los juzgadores no tienen ninguna forma de contacto vívido con el objeto del proceso. Quien debe decidir un procedimiento escrito solo lee papeles y, eventualmente, oye chismes al respecto, pero jamás se expone cara a cara al impacto de la presencia de las partes y de los órganos de prueba (testigos, expertos y consultores técnicos). Y si el juez de primera instancia carece de inmediación ante el objeto del proceso y sus protagonistas, menos aún la tiene el juez de segunda instancia.

De tal manera, la labor del juzgador de primera instancia consiste simplemente en leer el expediente, si acaso lo hace personalmente, para luego emitir la decisión por escrito. Ya de suyo y por la falta de inmediación apuntada, el conocimiento que del *thema decidendum* tenga el juzgador en el proceso escrito resulta mediatizado. Pero si a eso agregamos que es posible y frecuente, e incluso con la bendición del sistema legal, que no sea el juzgador quien lea los folios del caso, sino un relator o asistente suyo, que además es el encargado de elaborar el proyecto de decisión, entonces el asunto toma ribetes burlescos. La oralidad y la inmediación, en cambio, obligan al juzgador a "soportar" la presencia de las partes y de los órganos de pruebas, a analizar de consuno con estos los medios inertes de prueba (materiales) y a recibir incluso sus invectivas, y tiene además que decidir *in situ*.

La apelación en los sistemas procesales basados en la escritura como forma dominante consiste simplemente en la nueva lectura que del expediente hace el juez superior; a ella se llega por la simple manifestación de voluntad impugnadora del recurrente ("apelo de la decisión") sin más, pero con las mismas limitaciones y riesgos de la primera instancia en lo que se refiere al conocimiento del mérito o fondo de la causa.

En consecuencia, el juez de segundo grado efectivamente tiene la misma extensión de conocimiento que el de primera instancia, examina las mismas pruebas y lee las mismas alegaciones de las partes que leyó aquel, pues a menos que el expediente sufra de alguna traviesa "modificación", su inalterabilidad garantiza la identidad del conocimiento aludida y el logro de una verdadera segunda instancia, en la que, claro está, el juez superior queda entonces en libertad de darles a los folios la interpretación que le aconseje su leal saber y entender o que alguna "fuerza externa" le aconseje o sugiera, y puede libremente establecer los hechos del proceso en forma diferente de como lo hizo el juzgador inferior y aplicar el derecho que a su criterio proceda. Podrá así mismo el juez superior corregir los vicios

procesales que en su opinión justifiquen ser subsanados, aunque es necesario aclarar que en la mayoría de las legislaciones actuales se limitan las facultades de reposición de los jueces de alzada y se los conmina a presentar soluciones propias de fondo. En este tipo de procedimientos, y salvo las reposiciones que excepcionalmente pudieran ordenarse, sobre todo por causa de indefensión, la segunda instancia absorbe plenamente a la primera, lo cual provoca dos efectos convenientes en el plano de la seguridad jurídica: que la causa ya no vuelve jamás a la primera instancia y que el recurso de casación solo puede dirigirse contra la sentencia de segunda instancia.

Por tanto, el primado de la escritura en la forma procesal permite:

1. Que la apelación active el reexamen total de la causa con una simple manifestación de voluntad de las partes de impugnar lo decidido ("apelo de la decisión"), sin que sean menester las "arduas y engorrosas" motivaciones del recurso destinado al conocimiento puntual, que no tendría sentido si es obligación del juez superior revisarlo todo y establecer nuevamente los hechos y pronunciar el derecho.

2. Que el juez superior conozca *exactamente* lo mismo que el juez de primera instancia y dé paso a una verdadera doble o segunda instancia de hecho y de derecho.

3. La segunda instancia absorbe, como regla, todo el conocimiento de la causa y el juez superior queda en plena libertad de resolver vicios tanto *in iudicando* como *in procedendo*.

4. La apelación adopta doble naturaleza, pues se convierte simultáneamente en medio de gravamen y de impugnación que soporta sin cortapisas, en tanto reexamen total de lo juzgado y decidido, la adhesión, la tercería y la extensividad.

Sin embargo, toda esa maravilla formal se nos viene encima cuando advertimos que la forma escrita no es más que un pálido y distorsionado reflejo de la realidad y que esta solo puede ser apreciada mediante la oralidad y la inmediación. Por tanto, todo ese sistema es una falacia en la que la premisa menor del silogismo en que supuestamente consiste el proceso, es decir, los hechos, no es real, sino virtual y a veces distorsionadamente virtual.

B.- SOLUCIONES POSIBLES AL PROBLEMA DEL ALCANCE DEL JUZGAMIENTO EN APELACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS BASADOS EN LA ORALIDAD Y LA INMEDIACIÓN

En los sistemas basados en la oralidad y la inmediación se ha ensayado toda una gama de formas procesales para el desarrollo del procedimiento de apelación y la fijación de los poderes del juez de segundo grado; todos con ventajas e inconvenientes, pero no todos cumplen realmente con la exigencia esencial de que el órgano de apelación pueda entrar a

conocer de los mismos hechos de los que conoció el tribunal de primera instancia. Veamos esas diversas modalidades.

1.- *La solución total de hecho: La reproducción íntegra del mérito del juicio ante el tribunal de apelaciones. Ventajas e inconvenientes*.

La solución total de hecho al problema del alcance del juzgamiento de apelación consiste en la reproducción completa y total del juicio oral ante el tribunal de apelación. Así, la mera manifestación de inconformidad de cualquiera de las partes ante el tribunal de primera instancia (*a quo*), incluso inmediatamente después del pronunciamiento oral y público de la sentencia, mediante la fórmula mágica "apelo de la decisión", traería consigo la admisión del recurso y la elevación de las actuaciones (devolución) al órgano o tribunal de apelación.

Después que el tribunal de apelación haya recibido las actuaciones, señalará la fecha de la audiencia del juicio oral y público de segunda instancia con la correspondiente convocatoria de expertos, testigos y de todos los que deban comparecer. Incluso, cualquiera de las partes podrá pedir la incorporación a este nuevo debate de aquellos medios de pruebas que hubieren sido rechazados por el tribunal de primera instancia, y el tribual superior deberá decidir sobre este punto en el propio auto que fije la audiencia de segunda instancia. Lo mismo ocurriría si alguna de las partes alegara que en el juicio de primera instancia se incorporaron pruebas ilícitas o ilegalmente obtenidas, pues el tribunal superior tendría que resolver, en el auto de señalamiento, si las excluye del nuevo juicio.

La repetición total del juicio oral ante el tribunal de alzada es lo más parecido a una verdadera segunda instancia que puede lograrse en materia de procedimientos orales y con inmediación, pues aquí el juez de apelación sí examinaría prácticamente el mismo contenido de la causa que examinó en su día el tribunal de primera instancia, con la posibilidad, incluso, de depurarlo o ampliarlo cuando fuere justo hacerlo.

Esta manera de proceder tiene las mismas ventajas que la relectura del expediente que realiza el juez de apelación en los sistemas escritos, pues aquí el reexamen total de la causa, que le permite al juez superior conocer *casi exactamente* lo mismo que el juez de primera instancia, se activa con una simple manifestación de voluntad de las partes para impugnar ("apelo de la decisión"), sin que sean necesarias las "arduas y engorrosas" motivaciones del recurso destinado al conocimiento puntual, porque aquí la apelación implicaría la pérdida total de validez del juicio y de la sentencia de primera instancia para darle paso a una nueva sentencia definitiva: la de segunda instancia. Con esto, la segunda instancia absorbe todo el

conocimiento de la causa y el tribunal superior queda en plena libertad de resolver el fondo de la causa. Se trata de una especie de borrón y cuenta nueva.

En esta forma de realizar la apelación se concretan igualmente los dos efectos beneficiosos en el plano de la seguridad jurídica a que hicimos referencia cuando aludimos al recurso de apelación en los procedimientos escritos, pues al absorber la segunda instancia a la primera, la causa ya no vuelve jamás a la primera instancia, salvo situaciones excepcionales. Esto implica que se le pone fin al odioso efecto "ping pong" o de peloteo que entrañan las reposiciones y, también, que el recurso de casación solo puede dirigirse contra la sentencia de segunda instancia, que debe resolver todos los puntos del debate y nunca contra la sentencia de primera instancia, que queda desechada por el recurso.

Sin embargo, este sistema de repetición total del juicio ante el tribunal de apelación tiene algunos serios inconvenientes.

En primer lugar, se trata de un sistema sumamente costoso, pues la facilidad para apelar y lograr un nuevo juicio inmediato ante el *ad quem* estimula el ejercicio alegre y festinado del recurso. Esto ha sido previsto en algunas legislaciones mediante la imposición de fuertes multas e incluso de penas de arresto para los recurrentes temerarios o de mala fe. Además, el hecho mismo de la repetición del juicio oral ante el tribunal de alzada supone cuantiosos gastos para la administración de justicia. No obstante, en esos mismos gastos, o en otros aún mayores, se incurre en el sistema que les permite a las cortes de apelaciones o a los tribunales superiores ordenar la celebración de un nuevo juicio oral y público ante otro tribunal de primera instancia.

También se dice que este sistema de apelación es costoso, porque ante un alto volumen de recursos harían falta casi tantos tribunales de apelación cuantos tribunales de instancia hubiere, lo cual tampoco tiene nada de particular, pues esta misma situación se produce en los procedimientos escritos.

En segundo lugar, se ha dicho que la repetición del juicio oral ante el tribunal superior no sería una verdadera segunda instancia, sino una segunda "primera instancia", pues las partes, los testigos y los peritos no se comportarían exactamente igual a como lo hicieron ante *el quo*, ni dirían exactamente lo mismo y hasta es posible que no concurrieran todos y que incluso algunos hubieren muerto o abandonado el país. Eso es rigurosamente cierto, pero también lo es para cualquier otro juicio oral que se ordenare ante un tribunal de juicio distinto del que conoció en primera instancia.

2.- *La solución parcial de hecho: la reproducción parcial del mérito del juicio ante el tribunal de apelaciones. Ventajas e inconvenientes*.

La solución parcial de hecho se inspira en el llamado principio de la personalidad de la apelación, según el cual el tribunal de alzada solo podrá examinar los puntos de hecho y de derecho que el recurrente indique en su recurso. Esto supone que este debe ser motivado o, por lo menos, señalar con precisión en qué consisten los puntos de inconformidad con la decisión recurrida o con el desarrollo del procedimiento. Este sistema, basado en la máxima latina *tantum apellatum quantum devolutum* tiene como finalidad limitar los poderes del *ad quem* (competencia recursoria) con la finalidad de evitar excesos y arbitrariedades, en particular la *reformatio in peius*.

En este caso, el tribunal de apelaciones podrá examinar, por petición del recurrente, solo ciertos medios de prueba o determinados vicios procesales y podrá convocar a audiencia oral solo cuando la naturaleza de los pedimentos del recurso lo justifiquen. Así, por ejemplo, si la inconformidad del recurrente estriba en que el tribunal *a quo* no valoró adecuadamente un documento y por ello cometió error en el establecimiento de los hechos, el tribunal de apelación no tendrá necesidad de convocar a audiencia para resolver el punto y podrá comportarse como si se tratara de actuaciones escritas; simplemente examinaría el documento y sus conexiones con el resto de la prueba, respetando la apreciación que de ella haya hecho la instancia, y decidirá lo pertinente. Si en otro caso, la prueba cuya valoración ha sido objeto de inconformidad del recurrente es de naturaleza testimonial o pericial, el tribunal deberá hacer comparecer a los testigos o expertos señalados en el recurso para escucharlos directamente (oralidad e inmediación) y luego resolver. Lo mismo ocurría para los vicios procesales denunciados, pues si estos se evidencian de las actuaciones, del acta del juicio oral o de la propia sentencia, entonces no será necesario convocar a audiencia, pero si los vicios denunciados debieran ser demostrados mediante otros medios, entonces lo más indicado sería convocarla.

Sin embargo, la convocatoria de la audiencia debiera ser obligatoria en todo caso, dentro de un sistema basado en la oralidad.

Como se ve, aquí se cumplen plenamente las tres condiciones básicas del recurso, pues existen los efectos devolutivo y suspensivo, además de la posibilidad de que el tribunal superior examine directamente el establecimiento de los hechos por la instancia, con la posibilidad de modificarlos.

Este sistema tiene dos ventajas fundamentales, pues se evitan los costos y dilaciones que supone el sistema de repetición total del juicio y se conservan casi todos sus méritos, incluso la minimización de las reposiciones o retrocesos del proceso. Ello contribuye a la estabilidad de los juicios.

Sin embargo, este sistema, con su efecto devolutivo parcial o limitación de la competencia de recursos, que supone una limitación de los poderes del juez de apelación,

tiene como inconveniente la división del conocimiento *ad integrum* del objeto del proceso, pues sobre lo que no haya sido objeto de impugnación permanecen inalterables las determinaciones de la instancia. Eso a menudo provoca fallas en el proceso intelectivo de los jueces de apelación al momento de decidir, pues a veces resulta difícil conjugar el resultado del reexamen con la parte de la decisión o del procedimiento que se supone debe quedar incólume por efecto de su falta de impugnación. Esta es una de las tareas intelectuales más arduas que los jueces deben enfrentar y de ahí que este sistema hace particularmente compleja la apelación. Sobre esto nos dice LEONE: "Las aplicaciones de las reglas del efecto parcialmente devolutivo son notables y delicadísimas y, por tanto, son explicables las incertidumbres jurisprudenciales"[164].

Además, el sistema de conocimiento parcial de hecho tiene como limitante la carga de motivación o precisión del recurso, que de una u otra manera podrá incidir en su inadmisión o declaratoria sin lugar. Así es, porque si el sistema se observara con rigor formalista para la admisión, todo recurso inmotivado o impreciso correría el riesgo de ser declarado inamisible por manifiestamente infundado y, aun cuando tal rigor en admisión no existiera, de todas maneras el recurso sería declarado sin lugar si el recurrente no pudiera explicar posteriormente sus pretensiones en la audiencia pública.

3.- *La solución total de derecho: la apelación concebida como mera revisión de derecho ("pettite cassation") de la sentencia y del juicio de primera instancia. Ventajas e inconvenientes*.

La apelación puede tomar la forma de pequeña casación o casación anticipada. En este caso, el legislador suele establecer un sistema de causales casuísticas por las que debe ser incardinado el recurso. Generalmente este sistema se adopta cuando el juicio oral se efectúa en oralidad plena y con acta sucinta y no existe registro alguno (grabación, filmación o taquigrafía) que permita controlar la fuente de la convicción del tribunal *a quo* y no se quiere cargar al tribunal de apelación con la reproducción total o parcial de la prueba de mérito de la causa.

En este caso las facultades del juez de apelación para considerar el mérito de la causa son harto limitadas, pues ni puede recibir prueba de mérito ni puede establecer los hechos justiciables por sí, porque en esta forma de ordenamiento de la apelación el tribunal *ad quem*

---

[164].- Véase GIOVANNI LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1989, pág. 174.

carece absolutamente de inmediación de la prueba. Su tarea se limita, al igual que la del órgano de casación, únicamente a dos aspectos:

— Establecer los vicios del juzgamiento y de la sentencia a partir de su palmaria evidencia o de prueba promovida y practicada al respecto. En caso de que el tribunal de apelación deba declarar con lugar el recurso por existencia de algún defecto de actividad o vicio *in procedendo* con trascendencia a la dispositiva del fallo, decretará la nulidad del juicio y correspondientemente de la sentencia y ordenará la celebración de un nuevo juicio oral ante un tribunal distinto de primera instancia.

— Controlar la aplicación del derecho sustantivo a los hechos establecidos por el tribunal de primera instancia, sin alterarlos ni modificarlos. En este caso, si el tribunal de apelación declara con lugar el recurso por algún motivo que implique la mera revisión de la aplicación de fondo de la ley (vicio *in iudicando*), entonces fallará de conformidad con las determinaciones de hecho de la instancia.

Precisamente por esta razón a esta forma de ordenar la apelación se le denomina pequeña casación (*pettite cassation*). La ventaja de este sistema consiste en que favorece la economía procesal, pues evita todos los gastos y engorros que acarrea la reproducción total o parcial de la prueba ante el tribunal de apelación, pero tiene como inconveniente fundamental el hecho de que los vicios procesales nunca se subsanan hacia delante, es decir, en favor del progreso del proceso hacia la cosa juzgada, sino hacia atrás, buscando la reposición; eso facilita ese nefasto ir y venir de causa, que mina la fe de los justiciables en la administración de justicia. Se ha dicho, y no sin razón, que el sistema de apelación de derecho constituye una absoluta alteración de la naturaleza de la apelación como revisión de hecho, acercándola más al formalismo de la casación, y se ha agregado que la apelación así concebida choca abiertamente con los principios de oralidad e inmediación que deben regir en un sistema acusatorio.

Convenimos en que, efectivamente, una apelación concebida como mera revisión de derecho, sin que el tribunal de alzada pueda examinar pruebas de mérito ni establecer hechos por sí mismo, viola efectivamente el principio de inmediación como fundamento del proceso y obliga al juez presuntamente saneador a no ser tal, pues si detecta un vicio crucial de procedimiento no puede corregirlo *per se*, ya que tiene que ordenar un nuevo juicio de primera instancia. Esto, como dijimos, constituye una reposición de la causa, que no solo retarda el proceso, pues contra la nueva sentencia cabrá una nueva apelación, sino que no garantiza la corrección de los vicios de la inicial sentencia definitiva de primera instancia, ya que el tribunal del segundo o ulterior juicio tendrá que estarse a sus resultas, que podrían a llegar a ser muy distintas de las del anterior juicio oral. De tal manera, el serio problema que aquí se sigue es que, si bien la sentencia de apelación puede corregir el gravamen denunciado

por el recurrente, no puede garantizar que dicho gravamen no se repita en el nuevo juicio. En este punto, la apelación de estricto derecho es más desventajosa incluso que el recurso de casación con reenvío, pues al menos en este el órgano de casación le indica al tribunal de reenvío cómo debe resolver, lo que medianamente, salvo rebelión u error, garantiza la corrección de los vicios detectados.

Sin embargo, si el defecto denunciado en apelación es el error en la aplicación de la ley, entonces el tribunal de apelación se verá amarrado por las determinaciones de hecho establecidas por la instancia.

También se ha dicho que este tipo de apelación viola los pactos internacionales en materia de derechos humanos, pues ciertamente no supone una segunda instancia, ni total ni parcial. Pero si bien ello es cierto, no lo es menos que dichos pactos internacionales no consagran propiamente el derecho de las partes a una segunda instancia o repetición total o parcial del juicio de primera instancia, de lo que se deduce que no habría violación alguna.

4.- *La solución ecléctica o mixta: la apelación como revisión de hecho y de derecho de la sentencia y del juicio, por medio del registro del juicio oral, con la posibilidad excepcional de reproducción total o parcial del mérito de la causa ante el tribunal de apelación*.

Si alguien no quiere establecer la apelación como reproducción total o parcial del mérito de la causa ante el juez de segundo grado y quiere escapar a la camisa de fuerza de la apelación como revisión de mero derecho y a su inconveniente secuela de reposiciones, entonces puede optar por la vía de la solución mixta, que consiste en combinar la revisión de derecho, con el examen de hecho mediante el registro (*record*) del juicio oral y con la posibilidad de que, de ser *estrictamente* necesario, pueda el tribunal de apelación convocar a presenciar toda o parte de la prueba de mérito. Se trata de un sistema ecléctico que procura aprovechar todas las virtudes de las formas de apelación explicadas, con la pretensión de excluir en lo posible sus debilidades e inconvenientes.

En este caso, el recurso se presenta como mera manifestación de inconformidad ante el tribunal que profirió la decisión que se pretende recurrir, que remitiría sin más las actuaciones al órgano de apelación; a este le correspondería la calificación de admisibilidad para la legitimación del recurrente, la temporalidad del recurso y la impugnación objetiva de la decisión. De esta forma se garantiza el derecho al recurso como parte de la efectiva tutela judicial de los derechos de los justiciables, conforme a las modernas constituciones y a los pactos internacionales sobre la materia.

Si el recurso es declarado admisible conforme a los indicadores apuntados, entonces se convocará a audiencia para escuchar al recurrente y a las demás partes que comparezcan.

En la audiencia el recurrente deberá exponer el contenido concreto de sus denuncias, expresando motivadamente sus agravios, y propondrá la forma de solucionarlos, ya sea mediante una decisión inmediata del tribunal de apelación sobre la base del material de la causa o mediante la recepción del *ad quem*, en posterior audiencia oral y pública, de todas o algunas pruebas, con propuesta del recurrente. Los coadyuvantes del recurrente (extensivistas) podrán adherirse a los pedimentos de este o formular los suyos propios, al paso que los oponentes del recurso podrán hacer las manifestaciones que a su derecho convengan.

Veamos entonces, a guisa de ejemplo, un elenco meramente enunciativo de posibilidades que pueden presentarse después de la audiencia de apelación:

1.- Si el recurrente denuncia incongruencia entre la sentencia impugnada y la acusación, bastará revisar la acusación, el auto de apertura a juicio y el acta o registro del juicio para resolver el caso y decidir de inmediato, sin haber lugar a recepción de prueba.

2.- Si el recurrente se basa en que el tribunal no valoró adecuadamente la deposición de tal o cual testigo o perito, con trascendencia a la dispositiva del fallo, el tribunal *ad quem* examinará el registro del juicio y determinará si las deposiciones en cuestión son relevantes o no. En caso negativo desestimará el recurso en cuanto a este punto, pero si considera que la denuncia es relevante como para modificar la dispositiva de la recurrida, entonces determinará si es posible dictar una nueva sentencia de fondo sin escuchar los órganos de prueba en cuestión o si debe señalar una audiencia oral y pública exclusivamente para oírlos.

3.- Cuando la denuncia de apelación se funde únicamente en la errónea valoración, con trascendencia a la dispositiva del fallo recurrido, de un documento, de un objeto material o de un lugar, el tribunal de segundo grado simplemente realizará un examen de esos medios de prueba tal como llegaron al conocimiento del tribunal de primera instancia y resolverá de inmediato lo pertinente.

4.- Si la denuncia de apelación se basa en errores en la calificación jurídica del delito o de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, sin impugnar la forma como el tribunal *a quo* estableció los hechos, entonces el órgano de apelación puede resolver el punto de manera inmediata, sin necesidad de recepción de pruebas.

5.- Cuando se alegue un vicio de procedimiento que haya producido indefensión y esta no haya sido subsanada en forma alguna durante la primera instancia, habiendo trascendido al juicio oral y al fallo impugnado, el tribunal de apelación anulará la sentencia recurrida y ordenará la celebración de un nuevo juicio oral ante sí.

6.- Si se ha alegado que la sentencia de primera instancia se basó en prueba ilícita o ilícitamente incorporada al proceso, entonces el tribunal de apelación determinará si existe tal ilicitud. De considerar que sí existe, debe determinar cuál es la incidencia de la declaración

de nulidad de esas pruebas en la dispositiva del fallo, tomando en cuenta las demás pruebas lícitas valoradas por el *a quo*. El tribunal de apelación podrá ratificar el fallo impugnado si considera que una vez excluidas las pruebas ilícitas existe suficiente acervo probatorio como para mantener la integridad de aquel. Si el peso de la declaración de nulidad de las pruebas ilícitas es tal que debe conducir a la nulidad del fallo, el tribunal de apelación pronunciará directamente el fallo absolutorio si el fallo anulado hubiere sido de condena, u ordenará la celebración de un nuevo juicio oral y público ante sí, en caso de que el fallo anulado hubiere sido absolutorio.

Como se aprecia, esta forma de desarrollar el recurso le brinda un conocimiento efectivo del mérito de la causa al tribunal *a quo*, por medio del registro del juicio oral o del material de la causa para cuyo análisis la inmediación no es relevante, combinada con la inmediación en los casos necesarios, elimina las reposiciones o vueltas del proceso y garantiza la estabilidad de los procesos.

C.- LA ELIMINACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN POR RAZONES DE ECONOMÍA PROCESAL

En muchos países y épocas se ha pensado en la eliminación del recurso de apelación y dejar solamente dos grados de conocimiento en el proceso penal, sea ordinario o especial: la primera instancia y la casación. Todo ello, como hemos dicho en otra parte, por razones de economía procesal.

Si bien no negamos la factibilidad de esta forma de ordenar el juzgamiento penal, que de hecho existe en España, Cuba, Rusia, Japón y otros países con los más variopintos sistemas jurídicos, económicos y políticos, consideramos necesario hacer ciertas precisiones en atención a la naturaleza de derecho fundamental que se le atribuye a la apelación.

Si admitimos la apelación, entendida como derecho fundamental, entonces en un sistema de juzgamiento penal que tuviera solo primera instancia y casación, esta (la casación) ya no podría ser la de corte clásico francés, formalista y estrictamente nomofiláctica, y tendría que pasar a ser como la casación alemana, escandinava o rusa, o lo que es lo mismo: una casación penal de hechos y de instancia, con gran flexibilidad en los motivos y en su admisión y con poderes de revisión de oficio del tribunal de casación. Recuérdese que la máxima que preside la regulación de los recursos en esos países preceptúa: “Ningún recurso podrá desestimarse por meras razones de forma, con tal que del contexto pueda el juzgador deducir la intención del recurrente”.

En tal caso, la casación que tenga como función el examen inmediato de lo decidido en un juicio oral y público de primera instancia tendrá que tener dos características esenciales: efecto suspensivo y mucha flexibilidad en cuanto a su admisión. De no ser así,

sobrevendrían problemas enormes ante los pactos internacionales en materia de derechos humanos, como los que tuvo que afrontar España al entrar en el mundo de las naciones democráticas, en 1978.

Pero, la supresión de la apelación y la instauración de la casación directa, es decir, como recurso contra la sentencia de primera instancia, trae aparejada una disyuntiva terrible en materia de economía procesal, pues si se mantuviera un solo órgano de casación en la capital del país, entonces este se vería desbordado por un mar de recursos; y si, en cambio, se regionalizara la casación y se crearan varios órganos para su conocimiento, entonces se perdería la función político-uniformadora de la casación y toda idea de nomofilaxis. Eso podría ser corregido en parte por la instauración de un recurso extraordinario de revisión constitucional ante un tribunal nacional de ese orden.

Además, existe un inconveniente adicional para la supresión de la apelación y su sustitución por la casación directa como único medio de impugnación de la sentencia definitiva de primera instancia. Este inconveniente viene dado por el hecho de que el conocimiento del recurso se aleja sensiblemente del entorno vivencial de los hechos de la causa, pues de ordinario, y salvo en el caso de los países muy pequeños, existe enorme distancia entre los tribunales de primera instancia y los órganos de casación, que generalmente radican en las capitales nacionales, y no solo en el plano geográfico, sino en lo referente a la preparación de los jueces, sus grados de sensibilidad, exposición a la opinión pública, etc. Esto es una razón de más para no adoptar el método de la casación directa.

Finalmente, debemos advertir que los ordenamientos jurídicos que rechazan los tres grados de conocimiento (primera instancia, apelación y casación) generalmente dividen la competencia en dos categorías, de tal manera que los delitos de menor entidad son conocidos en primera instancia por tribunales, organizados por lo general en municipios, distritos o condados, contra cuyas decisiones se concede apelación o casación ante un tribunal superior (provincial, estadal, de *land* o región) que conoce del asunto en última instancia. Aquellos tribunales, a su vez, conocen en primera instancia de los delitos más graves con recurso de casación para ante un tribunal supremo o corte de casación nacional.

D.- LOS LLAMADOS RECURSOS DE HECHO Y SU FUNCIÓN ANTE LA APELACIÓN

El llamado *recurso de hecho*, en los ordenamientos procesales que lo autorizan, es una solicitud que se establece directamente ante el tribunal *ad quem*, para que este examine las razones por las que el tribunal *a quo* no admitió un recurso de apelación o de casación, ni en uno ni en doble efecto, y que el recurrente considera infundadas. Por tanto, el recurso de

hecho es un remedio contra la negativa del tribunal *a quo* a admitir el recurso de apelación o de casación.

En el caso de la apelación, si el tribunal de primera instancia se niega a aceptarla, ni en ambos efectos ni en uno solo el recurrente frustrado puede dirigirse directamente al tribunal de apelación para pedirle que revoque esa negativa y conozca del recurso. El objetivo del recurso de hecho no es ventilar el agravio de la recurrida, sino el agravio de no admitir la apelación. Por tanto, la función del recurso de hecho es preservar el derecho a la apelación. Si el recurso de hecho es declarado sin lugar, la apelación no será oída y, por tanto, la decisión apelada quedará confirmada. Si el recurso de hecho es declarado con lugar, el tribunal de apelaciones no pasará directamente a conocer de la apelación, sino que ordenará al tribunal de instancia que eleve las actuaciones para luego conocer de la impugnación.

Las razones por las que el juez *a quo* puede rechazar un recurso de apelación estará en dependencia de la forma en que se regulen los motivos de apelación, pues si la interposición del recurso no exige motivación expresa y se basa en la mera declaración de inconformidad, entonces el recurso solo podrá ser rechazado por razones de extemporaneidad, falta de legitimación del recurrente o exclusión legal. Pero si la ley exige la motivación del recurso, entonces la apelación podrá también ser rechazada por razones de falta o *ilogicidad* de su motivación.

Es bueno señalar que el recurso de hecho solo existe en aquellos ordenamientos procesales que facultan a los jueces *a quo* a decidir sobre la admisibilidad de los recursos que se interponen contra sus decisiones. Esto es una forma de proceder anticuada y que contradice la idea, hoy prevaleciente, de que los jueces agotan su jurisdicción con el pronunciamiento de la definitiva de la instancia a su cargo.

En la actualidad y en razón de las modernas tendencias liberales que conceptúan el recurso de apelación como derecho humano fundamental, los ordenamientos procesales penales no facultan a los tribunales *a quo* para decidir sobre la admisibilidad del recurso que se interpone contra sus decisiones, por tanto, en esas legislaciones no tiene razón de ser el recurso de hecho, al paso que corresponde decidir al tribunal de apelaciones la admisibilidad del recurso.

12.- EL RECURSO DE CASACIÓN

A.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA CASACIÓN COMO RECURSO

La casación es un recurso devolutivo y suspensivo, por cuyo medio el recurrente solicita al tribunal de casación que analice, tras declaración de admisibilidad, sus denuncias

sobre los quebrantamientos de las formas procesales o infracciones en la aplicación del derecho sustantivo que haga el tribunal de la recurrida, sobre la base de lo establecido en las actuaciones de la causa, sin necesidad de incorporar nuevas pruebas.

El maestro italiano PIERO CALAMENDREI define la casación como: "... un instituto judicial consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina solo en cuanto a la decisión de cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación) utilizable contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución del mérito..."[165].

Como puede apreciarse, la definición de casación de CALAMANDREI es esencialmente institucional y orgánica, pues parte de la necesidad de existencia de un órgano único del Estado que mediante un recurso de estricto derecho imponga y mantenga la uniformidad de la interpretación judicial de la ley. Se destacan, pues, en esta definición, dos elementos básicos: la unicidad del órgano de casación y el carácter nomofiláctico del recurso.

Es indudable que la definición de CALAMANDREI recoge perfectamente los caracteres de este instituto o recurso en su matriz original, producto de la Revolución francesa, durante la cual sus juristas iluministas, obsesionados por la aplicación estricta de la ley, crearon una Corte de Casación, dependiente no del poder judicial, sino del poder legislativo, cuya función era, efectivamente, controlar en último momento dicha aplicación por los tribunales. En esas condiciones, el recurso tenía las características señaladas por el gran jurista italiano, es decir, se trataba de un órgano único cuya misión era controlar la aplicación de la ley sustantiva (*vitia in iudicando*) y que solo examinaba las sentencias de última instancia dictadas por los tribunales superiores, sin ocuparse siquiera en los vicios procesales (*vitia in procedendo*), que se dejaban por completo a dichos tribunales.

Consecuente con su dependencia del poder legislativo, la Corte de Casación se limitaba a señalar si la ley había sido aplicada correctamente o no. Si apreciaba infracción de ley, la Corte de Casación no dictaba pronunciamientos de reemplazo de la decisión anulada (*iudicium rescisorium*), pues eso se consideraba invasión en las atribuciones del poder judicial, sino que encomendaba a un tribunal determinado el dictado de aquellos pronunciamientos conforme a las pautas de la sentencia de casación. Surgió así entonces la institución del reenvío.

---

[165] Cfr. PIERO CALAMANDREI, *La casación civil*, t.I, vol. II, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, pág. 376.

La práctica histórica ha demostrado, como bien lo expone el profesor español JORDI NIEVA FENOLL[166], que las necesidades sociales de diversas comunidades políticamente organizadas han determinado profundos cambios en el instituto de la casación francesa, y como consecuencia de ello han surgido sistemas con diversos órganos de casación; se ha transformado el recurso en casación de instancia y ha barrido con el reenvío; se ha flexibilizado enormemente la admisión de la querella de nulidad y se ha extendido el conocimiento del órgano de casación a la forma de desarrollo del procedimiento y a la valoración de la prueba y se ha dado paso al análisis de los vicios *in procedendo* o defectos de actividad. Estas circunstancias han desdibujado totalmente el formato inicial de la casación de estirpe francesa y ha reducido la esencia de la casación a un simple análisis de última instancia sobre la aplicación del derecho por los tribunales de conocimiento previo, sin reproducir las pruebas examinadas por estos ni incorporar nuevos elementos de convicción.

Incluso, una de las virtudes que desde el siglo XVIII se le ha atribuido al recurso de casación de estirpe francesa, como lo es la llamada función político-uniformadora de la jurisprudencia y de la aplicación de la ley, se ha venido a menos y se ha desdibujado como rasgo distintivo de la casación y fundamento mismo de su existencia, en razón de la existencia de ordenamientos jurídicos con sistemas con varios órganos de casación o ante la presencia de tribunales constitucionales a quienes compete la última palabra dentro de sistemas de justicia penal altamente "constitucionalizados", en los llamados bloques de constitucionalidad.

Los partidarios de las formas más puras y formalistas de la casación han sostenido que la virtud político-uniformadora de la casación reside en la forma peculiar de este recurso, basado en motivos de estricto derecho, cuyo examen le permite al tribunal de casación ir resolviendo de manera apodíctica los problemas planteados, de manera que, al cabo de algunos años, puede acumularse cantidad apreciable de jurisprudencia sobre puntos tales como la falta de solución en la sentencia de los puntos del debate, la oscuridad sobre hechos probados, la contradicción entre supuestos de la sentencia, el peso de no admitir una prueba importante admisible en derecho, por lo que a las cuestiones de forma se refiere, y también, en cuanto a fondo, asuntos como errores de calificación de delito, no apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, los errores en la determinación de autoría y participación, etc. Incluso se dice que la forma ideal de la casación es la llamada casación

---

[166] Véase NIEVA FENOLL, JORDI, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 2000.

con reenvío, que consiste en que la Corte de Casación, si declara con lugar el recurso de fondo, no dicta ella misma la nueva sentencia que debiera dictarse acogiendo el criterio de la casación, ni tampoco devuelve el expediente al tribunal de procedencia para que aquel la dicte, como sucede cuando se acoge con lugar el recurso de forma, sino que envía el expediente a un tribunal especializado, llamado tribunal de reenvío, que debe dictar la nueva sentencia.

Nada de esto es hoy verdad absoluta, pues la fijación de indicadores jurisprudenciales uniformes sobre los temas referidos está hoy a cargo de los tribunales constitucionales en muchos países y además el reenvío es ya casi una pieza del museo del derecho histórico.

En realidad no creemos que la función político-uniformadora de la casación se deba a la naturaleza intrínseca de la casación como recurso extraordinario y formal. La verdadera causa de la existencia de una función político-uniformadora de la función judicial en la aplicación de la ley viene dada por la posibilidad de que un solo tribunal, de la más alta categoría, pueda fijar las pautas esenciales para la interpretación de la ley penal, tanto sustantiva como procesal.

La casación ha devenido hoy, en la inmensa mayoría de los ordenamientos que la mantienen, en un instituto infinitamente menos formal que el modelo original francés y casi rayano en lo ordinario.

B.- EL PROBLEMA DE LOS HECHOS Y EL DERECHO EN LA CASACIÓN

Siempre nos referimos a la casación como el recurso de derecho por excelencia, y creemos sinceramente que así es, pues las denuncias de casación, por más desformalizada que se encuentre su regulación, siempre tendrán como finalidad el control de la aplicación de la ley, tanto respecto al procedimiento como al fondo o mérito de la causa.

Sin embargo, la limitación de la casación al análisis de la legalidad del juzgamiento y del ajuste a derecho de la sentencia, junto con la falta de práctica de pruebas de mérito en su procedimiento recursorio, han llevado a la concepción según la cual los hechos están excluidos de toda consideración en sede de casación. Esto es absolutamente falso, a la luz de las modernas concepciones de esta institución.

La supresión de toda consideración sobre los hechos, vale decir, el cuestionamiento de la forma en que estos pudieron haber sido establecidos por los tribunales de conocimiento previo al órgano de casación, era una de las características de la original casación francesa, la cual solo analizaba la sentencia de última instancia y respetaba las determinaciones de hechos realizadas por aquella, según la conocida doctrina de la “dictadura del resultando probado”.

Ahora bien, la apertura de la posibilidad de examinar las actas procesales en casación para corregir los vicios *in procedendo* trajo consigo la posibilidad de revisar también la forma de establecimiento de los hechos en la sentencia impugnada, mediante el análisis de la práctica de la prueba. De ahí se sigue que el tribunal de casación, si bien no puede inmiscuirse en eso que por muchos años dieron en llamar "la soberanía de la instancia" y está, por tanto, imposibilitado de establecer por sí mismo los hechos justiciables, más aún en los sistemas basados en la oralidad y la inmediación, sí puede, en cambio, determinar si la prueba ha sido valorada correctamente o no, o precisar si la inadmisión infundada de algún medio probatorio por la instancia pudo tener incidencia decisiva en la dispositiva del fallo y, en consecuencia, confirmar la recurrida u ordenar un nuevo juzgamiento por la instancia.

De tal manera la relación entre la llamada *quaestio facti* y la *quaestio iuris* en casación depende de la mayor o menor extensión que la ley le conceda al órgano de casación para examinar el desarrollo del procedimiento y la forma de establecimiento de los hechos por la instancia, lo que supone el cuestionamiento de la admisión y la valoración de la prueba.

C.- LOS MODELOS DE CASACIÓN RESPECTO A LA COSA JUZGADA

Los modelos que puede adoptar la casación según su posición respecto a la cosa juzgada son dos: el ordinario y el extraordinario. Esto quiere decir que según se ordene respecto a la cosa juzgada, la casación puede ser un recurso ordinario o extraordinario.

Será ordinaria la casación cuya interposición tenga efecto suspensivo sobre el fallo de la recurrida. Esta forma de ordenar la casación se considera ordinaria, porque se trata de un verdadero recurso situado en el camino hacia la firmeza del resultado procesal. Entre tanto, el recurso de casación concebido como remedio contra una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es considerado extraordinario, pues no tiene efecto suspensivo respecto de aquella. Esta es la forma clásica de la casación francesa, respecto al punto de la cosa juzgada, pues la tendencia moderna, más que todo de inspiración alemana, es hacer de la casación un recurso cada vez más ordinario.

La casación extraordinaria respecto a la cosa juzgada se diferencia de la revisión de sentencia firme, no solo en los motivos que le dan vida a cada uno de estos institutos, sino, fundamentalmente, en que el recurso de casación debe ser interpuesto dentro de un plazo relativamente breve tras el pronunciamiento de la recurrida, en tanto que la revisión generalmente puede intentarse en cualquier tiempo.

Esa característica de la casación extraordinaria, que exige su interposición dentro de un lapso más o menos breve después de dictada la decisión recurrible, determina su condición de recurso devolutivo, aun cuando se dirija contra un fallo técnicamente firme por

agotamiento de los recursos ordinarios contra ellas y porque la ley le atribuye la condición ejecutoria.

La casación ordinaria es muy favorable para los imputados en libertad que, incluso, pueden recurrir para ganar tiempo y dilatar la posible ejecución de la condena, pero conspira contra los procesados en prisión, lo que debe obligar al tribunal de casación a priorizar sus casos. La casación extraordinaria evita los desvaríos del recurrente condenado en libertad, pero impone un rasero igual de celeridad para todos.

D.- LAS DISTINTAS FORMAS DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Otro de los aspectos en los que se ha producido una notable evolución del procedimiento de casación es el relativo a la forma de interposición del recurso.

A través de la historia, el legislador de casación ha tenido que resolver varios dilemas tocantes a la interposición del recurso de casación, y resulta conveniente que lo recordemos una vez más, para que mantengamos vivas en nuestra memoria las soluciones de antaño, a las que eventualmente pudiera ser necesario echar mano, y no se pierdan en la niebla del olvido.

El primero de los dilemas que fue necesario resolver se trató de resolver ante quién interponer el recurso y cómo hacerlo. Allí había varias opciones. Algunos pensaron que el recurso debía presentarse directamente ante el órgano de casación, sin avisar al tribunal *a quo*; pero ello era peligroso, en tanto este, al no tener conocimiento inmediato de la interposición del recurso, podría iniciar los trámites de ejecución de su decisión, que podía estimar firme y consentida. De tal manera, la idea anterior fue desechada y surgieron tres modos clásicos de interposición del recurso, a los que, para fines didácticos podríamos denominar como el modelo francés, el modelo alemán y el modelo español.

El modelo francés, también denominado de “anuncio y formalización”, consiste en expresar la inconformidad con el fallo que puede ser recurrido, de manera pura, simple y sucinta (“apelo de la decisión”) ante el tribunal que lo pronunció (tribunal *a quo*), dentro de un lapso breve, posterior a su publicación o notificación, que por lo general es de tres a cinco días, cuando no de manera oral en el acto mismo del pronunciamiento del fallo, si aquel fuere pronunciado en audiencia. Esto se dio en llamar el anuncio del recurso de casación.

En el sistema francés, el tribunal *a quo* tiene derecho a decidir sobre la posible admisión del recurso, y puede inadmitirlo en casos de extemporaneidad, falta de legitimación del recurrente o improcedencia de la casación. En caso de inadmisión, el legislador le confiere al recurrente fallido un recurso de hecho ante el órgano de casación, cuya única finalidad es lograr la admisión del recurso de casación. Si el recurso de casación resulta

admitido por el tribunal *a quo*, entonces remite las actuaciones al órgano de casación, si el recurso se establece solo por razones *in procedendo*, o una compulsa de la sentencia impugnada, cuando el recurso fuere por meras razones *in iudicando*.

Una vez elevado el recurso al órgano de casación, el recurrente debe presentarse ante aquel, dentro de un plazo generalmente amplio, por lo general de 30 ó 40 días, más el término de la distancia, y formular por escrito la explanación de todas y cada una de sus denuncias, debidamente separadas y con expresión de las normas que lo hacen procedente y de las que se dicen violadas. Luego, el órgano de casación dirá si el recurso resulta admisible o no. Si lo rechaza por manifiestamente infundado, así lo declara por auto y se confirma la decisión recurrida; de lo contrario, admite el recurso y se emplaza a las partes contrarias para que hagan oposición al recurso, tras lo cual se pasa a decidir lo que definitivamente corresponda. Este era el modelo, que letras más, letras menos, seguía el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal venezolano en sus artículos 336 al 345, que siempre debieran ser estudiados como material de derecho histórico.

El modelo alemán, consagrado en la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO, arts. 333- 358) y en la Ordenanza Procesal Penal austriaca (StPO-Organización, arts. 365-385), también llamado "sistema de interposición simple", que consiste en que el recurso se establece (interpone) ante el tribunal que dictó el fallo impugnable, mediante escrito debidamente razonado o motivado, que debe contener todas las denuncias en que se basa el recurso. Para esta interposición y fundamentación del recurso, el legislador suele conferir plazos relativamente largos ante el tribunal *a quo*. En la StPO ese lapso es de un mes (art. 345). Por lo general, tras esto no se le permite al recurrente alegar nuevas denuncias de casación. La oposición de las partes contrarias al recurrente se da también ante el tribunal *a quo*, después de notificación o llamado de dicho tribunal, tras lo cual las actuaciones se elevan al órgano de casación para que decida sobre la admisibilidad del recurso, pues, generalmente, el tribunal *a quo* carece de facultades al respecto. Si el órgano de casación rechaza el recurso, así lo proclama por auto y confirma la decisión impugnada; pero si admite el recurso, convoca a las partes a una audiencia para decidir lo que definitivamente corresponda. Este es, *grosso modo*, el sistema de interposición y tramitación del recurso de casación seguido por el COPP, que explicaremos después.

El llamado modelo español, también denominado sistema de "preparación", es una especie de híbrido de los dos anteriores, pues el recurso se "prepara" o anuncia ante el tribunal que dicta la sentencia recurrible en casación, mediante escrito en el que se expresarán, sin motivación ni explicación y solo con carácter enunciativo, las denuncias en que se basará el futuro recurso, y se señalará si serán por quebrantamiento de forma (por error *in procedendo*) o si serán por infracción de ley (por error *in iudicando*). El escrito del recurso debe ir

acompañado de la copia del comprobante del depósito en dinero que se exige para tener derecho a recurrir. En este mismo escrito se solicita al tribunal sentenciador la expedición de copia certificada (testimonio o compulsa) de la decisión que se pretende recurrir y de las actas procesales donde consten los defectos de actividad que se denunciarán como quebrantamientos de forma. El lapso para preparar o anunciar el recurso es, por lo regular, de cinco días hábiles. Si el tribunal *a quo*, considera que el recurso no ha sido correctamente preparado, así lo declarará por auto, contra el que cabrá un recurso de queja ante el órgano de casación para facilitar la admisión del recurso de casación.

Pero si el tribunal sentenciador declara que el recurso ha sido preparado en debida forma, entonces así lo declarará por auto y emplazará al potencial recurrente para que concurra ante el órgano de casación a interponer el recurso. Si el preparador no concurre a interponer el recurso dentro del término del emplazamiento, se le considerará desistido y se confirmará la decisión que se pretendía impugnar. El preparador interpondrá el recurso ante el órgano de casación, mediante escrito fundado, con expresión de sus motivos, denuncias y señalamiento de sus preceptos autorizantes y de las normas o formalidades violadas o quebrantadas. Interpuesto el recurso de casación, se notificará a las demás partes para que se opongan o adhieran el recurso, según el caso. Tras esto el tribunal de casación decidirá sobre la admisibilidad del recurso. Si el órgano de casación considera que el recurso es inadmisible, así lo declara por auto y confirmará la decisión impugnada, pero si el recurso es admitido, se convocará a una audiencia pública con asistencia de todas las partes, para decidir lo que corresponda[167].

En lo que se refiere a la interposición del recurso, el modelo cubano de casación, aun cuando tiene su base en el sistema español de la originaria LECrim., de 1882, pasó por la criba de las tendencias germanistas prevalecientes en la isla desde principios del siglo XX y experimentó la influencia benéfica de la intervención norteamericana, que lo convirtió en un sistema sumamente sencillo y eficaz. Desde entonces, el recurso de casación se interpone ante el propio tribunal que dictó la sentencia impugnable dentro del término de los 10 días siguientes a su notificación, mediante escrito fundado, con expresión de todas las denuncias que estime el recurrente, de los preceptos autorizantes de estas y de las normas o formalidades violadas o quebrantadas. Una vez interpuesto el recurso, el tribunal *a quo* notifica a las demás partes para que concurran a manifestar lo que a su derecho convenga respecto al recurso por el lapso común de cinco días. Transcurrido el lapso anterior, se elevarán las actuaciones al órgano de casación, el cual, a su recibo, decidirá si admite el recurso o no. Si no admite el recurso, así lo declara por auto y confirma la sentencia impugnada; pero si lo admite, decidirá

[167].- Ver LECrim., arts. 847 a 906.

si convoca a audiencia para escuchar a las partes o, de lo contrario, declara no ser esta necesaria, y resuelve acto seguido del pronunciamiento de admisión, sin más trámites[168].

E.- MODALIDADES BÁSICAS DE EXPOSICIÓN DE LAS DENUNCIAS O MOTIVOS DE CASACIÓN. EL SISTEMA CASUÍSTICO- FÁCTICO Y EL SISTEMA ESTRICTAMENTE NOMOFILÁCTICO

Los motivos o causales de casación suelen aparecer en las leyes procesales bajo dos sistemas diferentes: el sistema casuístico-fáctico y el sistema estrictamente nomofiláctico.

El sistema casuístico-fáctico presenta los motivos de casación como circunstancias de hecho que suponen violaciones tanto del procedimiento, como de la aplicación de la ley material, por lo que, comúnmente, este sistema presenta las causales de casación divididas en motivos de forma, por un lado, y de fondo, por el otro. Los motivos de forma recogen la probable ocurrencia de defectos de actividad o errores *in procedendo* de los tribunales *a quo*, en tanto que los motivos de fondo recogen las denuncias por posibles errores en la aplicación de la ley sustantiva o la doctrina legal, también llamados errores *in iudicando*. En este sistema, la dificultad consiste en escoger adecuadamente el supuesto de hecho que, configurado como motivo de casación, nos permita encuadrar adecuadamente los hechos de nuestra denuncia. Ahí surge el problema de la inadecuada escogencia del precepto fundante que, en los sistemas formalistas de casación, conduce a la desestimación de la denuncia por manifiestamente infundada.

En otras palabras: en el sistema casuístico-fáctico de exposición de las denuncias de casación, cuando se trate de infracción de la ley sustantiva, el recurrente debe manejar al menos dos normas jurídicas: una, el precepto fundante o autorizante, es decir, aquel que autoriza la interposición de la denuncia y que recoge el motivo genérico legal de procedencia de aquella y la otra, la norma que se denuncia como infringida. Si el recurso es por quebrantamiento de forma o defecto de actividad, el recurrente tiene que escoger adecuadamente el precepto fundante, y, además, señalar la formalidad sustancial quebrantada.

El sistema nomofiláctico consiste en establecer como única causal de casación la violación de la ley por falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de normas jurídicas, que haya tenido trascendencia al fallo. Este sistema no distingue entre denuncias de forma y de fondo, aunque no elimina ni prohíbe los alegatos de errores *in procedendo* o *in iudicando*, que son inherentes al proceso y de naturaleza absolutamente objetiva. En este sistema desaparece la dificultad en la escogencia del motivo autorizante,

[168].- Ver L.P.P., arts. 67 a 83.

pues el motivo es uno solo (la violación de la ley). La dificultad consiste, entonces, en la identificación de los hechos que pretendemos denunciar, con la norma que debemos denunciar como violada e identificar si lo ha sido por falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación. Sin embargo, en este sistema el recurrente solo tiene que manejar esta norma jurídica en la denuncia, pues el precepto fundante es fijo y común para todas las denuncias.

F.- LA CASACIÓN CON REENVÍO Y LA CASACIÓN DE INSTANCIA

El problema de la existencia o inexistencia de reenvío en la casación se deriva de la declaratoria con lugar del recurso, tanto del de casación como de cualquier recurso devolutivo en general, pero el problema del reenvío surgió a partir del modelo original de la casación francesa. Veamos.

La declaratoria con lugar del recurso de casación comporta dos pronunciamientos básicos, que deben seguir a esa declaratoria:

1.- El tribunal de casación debe expresar en qué medida anula el fallo recurrido en casación, si total o parcialmente. A este pronunciamiento los glosadores le llamaron *iudicium rescindens* o juicio rescindente, pues es una declaración de mera anulación.

2. El tribunal de casación debe determinar cómo será sustituido lo que se hubiere anulado de la sentencia recurrida, y lo hará según el sistema legal imperante:
    a) encomendando a otro tribunal que lo haga con base en los razonamientos de su sentencia y en la doctrina de casación.
    b) haciéndolo por sí mismo.

En esto, expresado en los literales precedentes, radica la distinción fundamental entre casación con reenvío y casación de instancia.

Se denomina entonces casación con reenvío a aquella en la que el tribunal de casación encomienda a otro tribunal distinto de él e inferior en grado, el pronunciamiento de fondo, sustitutivo de lo anulado por el fallo de casación, al que los estudiosos de las fuentes romanas llamaron *iudicium rescissorium* o juicio rescisorio.

El reenvío fue una creación de la casación francesa original, en razón de sus particularidades ya explicadas, tales como el hecho de que la Corte de Casación estaba adscrita al poder legislativo y no al judicial y, por tanto, no podía dictar pronunciamientos de fondo relativos a casos concretos o juicios rescisorios, pues ello sería considerado, según el culto a MONTESQUIEU, invasión de la competencia del poder judicial. Por ello, la Corte de Casación se limitaba a declarar en cuáles puntos la sentencia recurrida era anulable por

infracción de ley, y encomendaba a los tribunales de reenvío, que sí formaban parte del poder judicial, el pronunciamiento sustitutivo de fondo.

Entre tanto, se llama casación de instancia a aquella en la que el llamado juicio rescisorio o pronunciamiento sustitutivo es emitido por el propio tribunal de casación y está contenido dentro de la propia sentencia que declara con lugar el recurso y a continuación del juicio rescisorio. Todo esto, con independencia de que la concepción de la casación de instancia está hoy matizada por las facultades del órgano de casación para extender su conocimiento a las formas de valoración de la prueba por los tribunales de instancia y a las denuncias de no admitirlas o las nulidades de prueba y su posible incidencia en la dispositiva del fallo impugnado.

G.- LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

Los efectos de la sentencia de casación dependen del contenido de su parte dispositiva y de lo que en ella se resuelva en definitiva. Estos efectos, según la naturaleza del procedimiento, son los siguientes:

a) *Reconducción del proceso*, cuando se haya ordenado la celebración de un nuevo juicio o la reposición de la causa a una etapa anterior a este si el vicio ocurrió allí. Esta sentencia de casación no le pone fin al proceso y podrá dar lugar, en su día, a nuevo fallo de primera instancia, nueva apelación y nueva casación, a menos que haya operado la doble conformidad. En este punto se debe aclarar que quienes no recurran y hayan obtenido una absolución previa o se hayan conformado con una condena benigna no podrán ser vueltos a juzgar si la reposición o la orden de celebración ha sido el producto de un recurso de sus coimputados, pues ello sería una aplicación negativa o *in peius* del efecto extensivo de los recursos.

b) *Fin del proceso y cosa juzgada*, respecto a los recurrentes cuando el órgano de casación ha dictado una decisión propia que resuelve el fondo del recurso. En este caso la causa solo permanecerá abierta para las personas que no se encuentren a derecho y que serían juzgadas cuando sean habidas, lo que siempre podría suponer alguna forma de reapertura para los ya juzgados por razones de ruptura y posterior integración de la continencia de la causa.

13.- LA REVISIÓN DE SENTENCIA FIRME: RECURSO O PROCEDIMIENTO ESPECIAL

La revisión es el medio de impugnación que consiste en un procedimiento especial destinado a lograr la anulación de una sentencia definitivamente firme mediante la demostración de ciertos hechos expresamente previstos en causales establecidas en la ley.

Aunque de ordinario solemos referirnos al procedimiento de revisión como un "recurso" y a pesar de que de manera muy frecuente se le da ese tratamiento en las legislaciones más variopintas, desde el punto de vista estrictamente técnico-procesal la revisión no es un recurso, sino un procedimiento especial.

Los recursos, como ya sabemos, son los remedios procesales que la ley autoriza contra las resoluciones judiciales, ya sean definitivas o interlocutorias, que no han ganado firmeza. La función de los recursos es, por tanto, corregir el rumbo de un proceso no terminado aún, es decir, perfeccionar el resultado procesal antes que se produzca. La revisión, en cambio, ataca a ese mismo resultado después que se ha producido y ha ganado firmeza, por lo que implica la reapertura del proceso. Por tanto, desde el punto de vista doctrinal, la diferencia entre estas figuras estriba en que los recursos no lesionan ese principio esencial de seguridad jurídica llamado cosa juzgada, mientras que, en cambio, el objetivo esencial de la revisión es atacar la cosa juzgada.

Habida cuenta de ese objetivo especial, la revisión no puede ser un procedimiento ordinario, ni puede ser intentada por cualesquiera razones de libre elección del demandante o solicitante, sino solo por razones que en el estricto orden lógico sean contrarias al principio de seguridad jurídica y resulten, por tanto, radicalmente excluyentes de aquellas que sirvieron de base a la decisión impugnada. Tal es el caso, por ejemplo, de quien esté cumpliendo condena por la muerte de una persona que en realidad está viva, o de que se haya condenado a dos personas distintas como autoras de un hecho que solo pudo haber sido cometido por una sola, ya sea en procesos distintos (exclusión divergente) o en el mismo proceso (exclusión convergente). Estas dos son las causales de revisión por excelencia, pues suponen una verdadera infracción de las reglas de la lógica para cubrir otras circunstancias que de no tramitarse como causales de revisión no tendrían otra solución legal, tales como la aparición de pruebas decisivas después de la firmeza de la sentencia o la comprobación de que los jueces que dictaron el fallo actuaron dolosamente.

Otras circunstancias que ocasionalmente son consideradas causales de revisión de la cosa juzgada penal, tales como la aplicación retroactiva de una nueva ley penal más favorable a casos ya juzgados, no pueden ser técnicamente consideradas objeto del procedimiento en cuestión, pues tal aplicación de la nueva ley es un simple ajuste de la pena sobre la base de los hechos establecidos en la sentencia firme, sin cognición alguna y realizado directamente por el tribunal de la causa o por un tribunal ejecutor, sin necesidad de realizar un nuevo juicio.

La revisión se diferencia además de los recursos en que estos solo pueden interponerse dentro de un lapso determinado y generalmente breve después de dictada y notificada la decisión recurrible, transcurrido el cual perece el derecho a recurrir, mientras que la revisión puede interponerse en cualquier tiempo después de la firmeza de la sentencia, incluso para reivindicar la memoria de quien fue injustamente condenado.

En aras de la seguridad jurídica y de la aplicación uniforme de la ley, casi todas las legislaciones del mundo adjudican el conocimiento del procedimiento de revisión a un solo y único tribunal, generalmente el de máxima jerarquía en materia penal (Tribunal Supremo o Corte Suprema), que se limita a determinar la procedencia o improcedencia de la revisión (*iudicium rescindens*), y, en caso de considerarla procedente, procede a corregir el juzgamiento viciado (*iudicium rescissorium directo*) y, de no ser posible eso, ordena la celebración de un juicio ante sí, en única y definitiva instancia *(iudicium rescissorium indirecto o diferido*). La idea de un tribunal único y supremo de revisión elimina todo problema de competencia en ese procedimiento, genera criterios uniformes sobre las pautas de atacabilidad de la cosa juzgada y asegura la firmeza automática de la decisión rescisoria.

Con todo, la moderna doctrina procesal penal solo considera la posibilidad de revisar la sentencia firme condenatoria y nunca la absolutoria, por lo que la revisión de sentencia firme solo se concede en favor del penado, ya sea para lograr su absolución o para atenuar los rigores de las penas impuestas.

14.- LA AVOCACIÓN DE CAUSAS EN MATERIA PENAL

La avocación, es un sustantivo derivado del verbo "avocar" que significa "atraer", y designa una especialisima institución jurídica que indica la facultad que tiene atribuida un órgano administrativo o judicial superior, de reclamar el conocimiento y decisión de cualquier asunto atribuido a un órgano inferior por las reglas ordinarias de competencia que consagra el orden jurídico. Por tanto, la avocación constituye una alteración excepcional de dichas reglas y de ahí que solo puede acordarse en situaciones excepcionales.

Haciendo una necesaria precisión terminológica, debemos aclarar que no deben confundirse los terminos "avocación" y "abocamiento". Si, como se ha dicho antes, "avocación" proviene del verbo "avocar", que es un verbo transitivo que requiere de un complemento directo y por tanto, implica que se avoca o atrae "algo", en el caso de los temas jurídicos, se avoca un proceso, una causa, un asunto, entonces la "avocación" es la acción y efecto de atraer un asunto del inferior por el superior, a los fines de resolver lo conducente. El sustantivo "abocamiento", en cambio, proviene de "abocarse", verbo reflexivo e intransitivo que significa literalmente presentarle la boca a algo, o sea encarar un asunto y

dedicarse a el. En sentido jurídico no es otra cosa que entrar a conocer un asunto por quien sea naturalmente competente. Eso ocurre, por ejemplo, cuando una vez recusado un juez de primera instancia, el asunto pasa a otro juez de igual categoría y competencia, quien declara por auto o providencia, que "se aboca" al conocimiento de la causa[169].

Como se ve, la diferencia es esencial entre "avocación" y "abocamiento" , pues en el primer caso se trata de un órgano superior que no es originalmente competente para conocer de un asunto, pero que en virtud de una facultad legal reclama dicho asunto del órgano competente a fin de decidir sobre éste. En cambio, el "abocamiento" es el pronunciamiento que hace un órgano naturalmente competente para indicar que comenzará a conocer. En cuanto al término "avocamiento", que aparece en algunas legislaciones latinoamericanas para denominar a la "avocación", es neologismo "vulgaris", que no merecería mayor atención, de no ser por el hecho de que la denominación en la ley obliga a su uso.

En otro orden de ideas, la institución de la avocación surge en el derecho administrativo, y tiene sus antecedentes más remotos en Alemania y Francia: las cunas de la teoría y la ciencia en esta rama del derecho. Es absolutamente natural que la avocación surgiera en en los marcos del Derecho Administrativo, porque la atracción de asuntos por parte los órganos superiores de la Administración , para su resolución, es plenamente consecuente con la oficiosidad propia de la función ejecutiva. Razones de Estado y de políticas públicas a fin de cuentas, pues es bien sabido que las competencias administrativas son mucho más laxas que las jurisdiccionales. De ahí que la aplicación de la avocación enmateria administrativa opera fundamentalmente de oficio y aras del orden público y raramente a instancia de parte.

Sin embargo, en tiempos recientes, la avocación se ha extendido a los asuntos judiciales y se ha puesto de moda en una serie de leyes recientes, promulgadas en países de Amñérica Latina, tales como Argentina, Costa Rica, Perú y Venezuela, entre otros, en las cuales se autoriza a los máximos tribunales de esos países, en cualquiera de sus salas o cámaras, a reclamar el conocimiento de asuntos atribuidos a la competencia de tribunales inferiores., tanto a instancia de parte como de oficio.

La avocación o "avocamiento" puede ser un buen remedio procesal para corregir grotescas violaciones procesales en la conducción de determinados procesos, en los cuales se violen flagrantemente los derechos humanos y constitucionales, pero en materia penal, allí donde esté establecido el sistema acusatorio, esta facultad no debería nunca ser ejercida de

[169].- Del Diccionario de la Real Academia Española: “avocar. (Del lat. advocāre): 1. Der. Dicho de una autoridad gubernativa o judicial: Atraer a sí la resolución de un asunto o causa cuya decisión correspondería a un órgano inferior.”. Por otro lado “Abocar: 6. Dicho de una o más personas: Juntarse de concierto con otra u otras para tratar un negocio. 8. Bol., C. Rica, Guat., Ur. y Ven. Entregarse de lleno a hacer algo, o dedicarse a la consideración o estudio de un asunto.”.

oficio, ni aun bajo el alegato de un vehemente interés de Estado, pues para eso está el Ministerio Público, que es el órgano estatal encargado de invocar ese interes y solicitar la avocación de tal o cual asunto, como manifestación de sus potestades como titular de la acción penal.

Lo cierto es que, allí donde esta facultad está establecida, se imponen severas restricciones a su ejercicio por las partes en el proceso penal, pero, a veces, esta facultad se ejerce de oficio por los altos tribunales con objetivos no muy claros.

CAPÍTULO XVII
LA EJECUCIÓN PENAL

1. - PROBLEMAS QUE SUPONE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL

La ejecución de la sentencia penal consiste en dar cumplimiento práctico a todas las disposiciones en ella contenidas una vez que está definitivamente firme, tanto en lo referente a la sanción principal, como a las accesorias y a lo relativo a las costas procesales, así como respecto a medidas de seguridad impuestas. La ejecución comprende igualmente la solución de los incidentes que se suscitan con motivo del cumplimiento de los extremos arriba mencionados. Como bien dice Florian, lo establecido en la sentencia «debe traducirse en una realidad y en un estado de hecho adecuado».[170]

---

[170] .- Ver: FLORIAN, Eugenio: *Elementos de Derecho Procesal Penal.* Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pág. 467.

Cuando pensamos en la ejecución de la sentencia penal, a menudo lo que nos viene de súbito a la memoria, es el cumplimiento de las penas impuestas por la sentencia condenatoria, pero no debemos olvidar jamás que una sentencia absolutoria contiene de ordinario una serie de pronunciamientos favorables al acusado absuelto, tales como devolución de objetos ocupados, pago de indemnización por tiempo en prisión provisional, publicación de carteles exculpatorios, los cuales deben ser cumplidos para intentar mitigar los efectos que el proceso pudiera tener sobre el declarado inocente.

Por otra parte, la ejecución en materia penal se ha concebido siempre de oficio, conforme a un principio inquisitivo, pues el restablecimiento de la legalidad quebrantada por el hecho punible o por el proceso mismo, es de interés público y no puede esperar a instancia de parte.

La ejecución de la sentencia penal supone una serie de problemas que vienen determinados por el tipo de pronunciamiento a ser ejecutado y por la determinación de las autoridades llamadas a cumplirlos y en qué medida.

El primer problema que presenta la ejecución penal es su permanencia en el tiempo, pues la sentencia penal no siempre tiene efectos de inmediato cumplimiento, sino que suele prolongarse en el tiempo, como sucede en el caso de penas privativas de libertad o medidas de seguridad, en el curso de las cuales pueden surgir innumerables incidentes, tales como la necesidad de adecuar los regímenes de cumplimiento, o de evaluar la posibilidad de libertades condicionales, licencias extrapenales, regímenes sustitutivos, redención de la pena por otras prestaciones, etc.

El otro problema cardinal que supone la ejecución penal es la necesaria e ineludible imbricación de las funciones jurisdiccionales y administrativas del Estado en el cumplimiento de los pronunciamientos emanados de la sentencia penal y la consiguiente determinación de hasta dónde llega una y dónde termina la otra.

Históricamente la función de los tribunales en materia de ejecución penal se limitaba a la declaración de firmeza de la sentencia, a disponer la devolución de objetos y expedir la orden de libertad del acusado, cuando se trataba de una absolutoria, o solicitar el pago de la multa u ordenar el arresto subsidiario, si la condena era de multa, o a establecer, en caso de condena a prisión o presidio o muerte, el cómputo de la prisión provisional y de la fecha de cumplimiento de la pena, a fin de remitirlo a la institución donde debiera cumplirla o ser ejecutada. Todas las demás incidencias de la ejecución, sobre todo en materia de penas privativas de libertad, correspondía a la Administración, a tal grado, que el Poder Ejecutivo, en ese esquema, estaba facultado para evaluar el desempeño de los reclusos durante la ejecución, otorgar cambios de régimen y beneficios en el cumplimiento de la pena.

Sin embargo, desde mediados del siglo xx se ha venido extendiendo la concepción de que el Poder Judicial debe tener más protagonismo en la ejecución judicial y extender sus facultades de

control a todos los incidentes que se susciten en el cumplimiento de las penas. No cabe dudar que la extensión de las facultades jurisdiccionales en la fase de ejecución de la sentencia ha redundado en la democratización del proceso penal y ha ampliado considerablemente las posibilidades de defensa de los derechos humanos de los penados, en todos los países donde se ha establecido.

Pero aun así, hasta hoy, y como tendencia dominante, el peso esencial de la ejecución penal ha estado sobre los hombros del Poder Ejecutivo, pues la construcción de las instalaciones penitenciarias y la administración de sus medios personales, materiales y financieros, ha corrido a cargo de las autoridades ejecutivas, ya bien centrales o bien descentralizadas, incluso con su funesta carga de corrupción, pues resulta obvio que ésas no son tareas propias del Poder Judicial.

Por estas razones y como una reacción a la burocratización e ineficiencia de la administración gubernamental de las instituciones penitenciarias, a partir de los años setenta del siglo XX, comenzaron a aparecer en Europa occidental, una serie de tendencias dirigidas a la privatización de la administración de las cárceles y otras instituciones de trabajo correccional penitenciario, que pudieran conducir a un debilitamiento del necesario control del Estado, en tanto representante de la sociedad organizada sobre esta delicada actividad de seguridad pública. Por ello, el control judicial de la ejecución es tanto más necesario, cuanto más se acentúen las tendencias privatizadoras de las instituciones penitenciarias, pues resulta incuestionable que el Poder Judicial no será nunca el llamado a administrarlas directamente.

Finalmente, la ejecución de la sentencia penal, después de los años sesenta del siglo XX se ha caracterizado por un giro decisivo hacia las formas alternativas del cumplimiento de la pena, aumentado de manera notoria los penados acreedores de los llamados beneficios en la ejecución de la sentencia, tales como la suspensión condicional de la pena, la redención de la pena por trabajo y estudio, el trabajo en establecimientos abiertos, y la ya conocida remisión condicional de la pena, más conocida como libertad condicional, bajo palabra o “parolée”.

Esto último ha condicionado la necesidad de controlar a las personas que han recibido estos beneficios a través de oficiales de la ley o funcionarios, ya sean empleados del Estado o activistas sociales, los cuales se incorporan al sistema de ejecución de la sentencia penal a través de la asignación que les hace de los penados que deben controlar y de la actividad de vigilancia que deben ejercer sobre ellos, en coordinación con los órganos de policía, el Ministerio Público y los tribunales. En el caso venezolano esa tarea la cumplen los llamados delegados de prueba, nacidos al calor de la Ley de Libertad bajo Fianza y de Sometimiento a Juicio, y revividos ahora por la Ley de Reforma Parcial del COPP de 14 de noviembre de 2001.

2.- LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS. REGÍMENES PROGRESIVOS.

La firmeza de la sentencia condenatoria en materia penal se realiza siempre de oficio, bien por el tribunal que la haya dictado o bien por jueces especializados de ejecución de penas y medidas de seguridad, los cuales deben proceder de conformidad al tipo de condena de que se trae:

A.- EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS QUE CONDENAN A PENAS PECUNIARIAS.

Cuando la ejecutoria[171] contenga una pena de multa, el tribunal a cargo de la ejecución dictará una resolución poniendo en ejecución la causa y emplazará al condenado para que pague la multa que se le hubiere impuesto o, en su defecto, para que arribe a un convenimiento de pago, si la ley lo autoriza, o para que se disponga a cumplir la prisión subsidiaria con que usualmente debe redimir la sanción de multa los que no puedan pagarla.

En algunas legislaciones no se pasa inmediatamente al arresto subsidiario, sino que antes se debe intentar el embargo de bienes del condenado, no afectos al delito por el que se le condenó, los que deberán ser rematados para satisfacer el pago de la multa. Si sobra dinero del remate, se le devuelve al condenado, hechas las deducciones de los gastos de la ejecución. Si faltare dinero, se le aplicará al condenado arresto subsidiario por la diferencia.

Para el cobro de las costas del proceso se procederá de la misma manera, con la diferencia de que, en ningún caso se impondrá arresto subsidiario por impago de la responsabilidad civil, ya que, principalmente en los países de Derecho Romano, se ha abolido desde el siglo XVIII absolutamente toda forma de prisión por deudas. En los países anglosajones todavía se conservan algunos vestigios de eso.

Una vez terminada la ejecución así se declarará por auto.

B.- EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS QUE CONDENAN A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Una vez firme la sentencia, el tribunal encargado de la ejecución pondrá la causa en ese estado por auto y procederá a preparar el computo de la pena, descontando del mismo el tiempo que el penado hubiere cumplido en prisión preventiva. Muchas legislaciones solo toman en consideración para el abono de la preventiva, la detención de cárcel efectiva. Otras legislaciones aceptan abonar a la pena el tiempo cumplido en reclusión domiciliario. Pero ninguna legislación del mundo accede a descontar de la pena el tiempo que el penado haya pasado bajo medidas cautelares sustitutivas, por gravosas o molestas que estas hayan sido, como la presentación periódica ante una autoridad.

Si el penado se hallare ya en prisión, el tribunal decidirá si permanece en el mismo sitio de reclusión o si pasa a otra institución penitenciaria. Esto depende de que existan centros de reclusión

[171].- Ejecutoria es el documento público que contiene una sentencia firme. En este caso la copia certificada de la sentencia condenatoria y se su auto de firmeza.

separados para personas procesadas y para personas penadas. Una vez precisado el destino final del penado, el tribunal remitirá a la autoridad penitenciaria respectiva el documento donde consta la fecha de cumplimiento de la pena, en la que el penado debe ser excarcelado.

C.- LA VIGILANCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA Y EL CONTROL DE LA CONCESIÓN DE BENEFICIOS A LOS PENADOS

La ejecución de las penas privativas de libertad no se agota con las acciones descritas en el literal anterior, sino que se trata de un proceso continuo de vigilancia y seguimiento del cumplimiento de la pena por la masa reclusa y por cada uno de ellos en particular.

Sea que la ejecución esté a cargo del Poder Ejecutivo a través de las Direcciones de Prisiones, los Institutos Penitenciarios o los Departamentos de Correccionales, o bien sea que esté a cargo de jueces especializados en ejecución de penas, cada recluso debe poseer un expediente personal, en el que se llevará su record disciplinario y su participación en el trabajo o el estudio, todo ello en aras de evaluar sus progresos o retrocesos en el proceso de reeducación y corrección que la pena presupone.

Esos records del penado, además de los estudios psicosociales de que pueda ser objeto, son la base para el otorgamiento de los diversos beneficios[172] que supone el régimen progresivo de cumplimiento de la pena, con aras a su reinserción en la sociedad.

Estos beneficios, grosso modo, de menos a más, la posibilidad de trabajar fuera del penal, la posibilidad de pernoctar en su domicilio, la libertad condicional o bajo palabra, la rebaja de la pena por buena conducta; aunque hay ordenamientos jurídicos que permiten imponer condenas sin derecho a beneficio alguno.

D.- LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Cuando en la sentencia que haya quedado firme contenga a su vez un pronunciamiento de suspensión de su cumplimiento bajo ciertas condiciones, la ejecución de la sentencia se concretará a

---

[172].- Ciertos estudiosos del proceso penal han expresado que no puede emplearse el vocablo “beneficios” para referirse a las medidas sustitutivas de la prisión provisional como formas de aseguramiento del imputado, ni a las figuras que permiten alcanzar los fines del proceso sin aplicación de la pena, tales como los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional de la pena, ni a las formas de cumplimiento progresivo de la pena; y afirman que ésos son “derechos” del imputado en razón de la presunción de inocencia o de su buena conducta. Yo no sé en cual es el fundamento de esas personas cuando expresan tales criterios, pues todas esas figuras o instituciones jurídicas, que atenúan el rigor del proceso penal se establecen a favor de aquellos respecto de los cuales estamos autorizados por la ley a considerarlos responsables de delitos según la presunción de veracidad que dimana de la sentencia firme condenatoria, por lo cual tales figuras no constituyen derechos subjetivos de los imputados, sino retribuciones que la sociedad, a través de los tribunales y bajo el control de las partes, buenamente les conceden para su “beneficio” sin que tengan que sujetarse al cumplimientio de tales o cuales requisitos, los que serán, cuando más, la puerta de acceso a que se les considere elegibles para aquellos. Nunca podré considerar regenerado al delincuente que no renuncia a su jerga "malandra".

notificar al condenado para imponerle de la suspensión y hacerle saber las condiciones que debe cumplir para que aquella quede definitivamente extinguida y el tiempo de duración del compromiso.

Cuando la suspensión condicional de la pena deba ser decidida por el juez de ejecución, ésta podrá solicitarse ante este funcionario tan pronto la causa llegue a sus manos, y este, si la acordare, procederá en la misma forma que se refiere arriba.

Si el penado cumple a cabalidad las obligaciones que se impusieron, se declarará extinguida la pena, pero en caso contrario el juez competente le enviará a un centro e reclusión para su cumplimiento.

E.- LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE MUERTE

En las naciones o regiones que tienen establecida la pena de muerte, el juez competente, una vez que se hayan agotado todos los recursos y peticiones de gracia o perdón a que tuviere derecho el reo, notificará a éste dicha circunstancia y señalará la fecha y hora de la ejecución. En algunos países que tuvieron o tienen pena de muerte, se llegó a considerar que la ejecución debía producirse a la mayor brevedad posible luego de notificado el condenado, a fin de evitarle el trauma de la macabra espera. Sin embargo, en otros países, como los Estados Unidos, se considera que siempre hay que darle un tiempo al reo para que ordene sus asuntos, se despida de sus familiares, haga su testamento, se preparare para su comunión religiosa, etc. En el caso de los Estados Unidos a veces pasan decenas de años de la condena hasta la efectiva ejecución, lo que ha sido calificado por muchos como algo cruel, a los que los adalides de la pena de muerte responden que podrían preguntarle a los condenados si desean que los maten a la brevedad.

La ejecución, en dependencia del metodo utilizado para matar al condenado, se lleva a cabo en un sitio cercano al sitio de reclusión y con publicidad limitada. Como se sabe, hasta finales del siglo XIX las ejecuciones se hacían en plazas públicas, más que todo con la finalidad de amedrentar o disuadir a potenciales delincuentes, pero ese macabro espectáculo fue sustituido por la presencia de algunos testigos voluntarios o escogidos, los familiares de la víctimas si las hubiere, algunos periodistas, sacerdotes del culto del penado, los funcionarios que deben dar fe del deceso del reo, tales como secretarios judiciales , notarios, fiscales o jueces y, lógicamente, los custodios y verdugos. No sabemos porqué, pero casi todas las ejecuciones se hacen sin sol, de noche o de madrugada.

El cadáver del ejecutado rara vez se le entrega a su familia. Esto para evitar cualquier disturbio en las exequias. El Estado toma contrl del cadáver y lo entierra por su cuenta y al tiempo entrega los huesos o las cenizas del ejecutado a su familia, si las reclamare.

La pena de muerte, como ha sido probado hasta la saciedad, no tiene mayor efecto disuasivo, porque no evita que otros individuos sigan cometiendo crímenes atroces, pero produce en la sociedad y sobre todo en las víctimas, un cierto y reconfortante sentimiento de retribución, no producido por

el hecho mismo de la ejecución, sino por el lapso que media entre su pronunciamiento y la ejecución misma y que nace de contemplar la desesperada lucha del condenado y de quienes le apoyan por evitar el fatal desenlace. Así perciben con inenarrable gozo como la máquina impersonal y distante de la justicia aplasta poco a poco al reo, negándole uno tras otro los recursos y hasta la mínima posibildad de perdón, hasta convertirlo en un zombie que acepta finalmente su suerte con resignación[173].

CAPÍTULO XVIII
LAS CUESTIONES NO PENALES EN EL PROCESO PENAL

1.- ORIGEN Y FORMAS DE LAS CUESTIONES NO PENALES EN EL PROCESO PENAL

El delito es una variedad particular de hecho ilícito, distinto del simple hecho ilícito civil por cuanto genera, además de la responsabilidad civil, una responsabilidad mucho más grave, personal y estigmatizante, generalmente redimible con pena corporal: la responsabilidad penal. Sin embargo, la comisión del hecho con apariencia de delito genera siempre una relación jurídico-civil entre el sujeto activo y las víctimas o perjudicados por el injusto, en la cual el primero deviene deudor o sujeto pasivo y los segundos resultan acreedores o sujetos activos. Surge así la necesidad del reclamar la reponsabilidad civil derivada del hecho con apariencia de delito que es objeto del proceso y con ella el tema del ejercicio de acción civil en el proceso penal.

Por otra parte, muchas veces, la determinación de la existencia o no del delito o la calificación jurídica de éste, dependen de las relaciones prexistentes entre el procesado y los perjudicados por el presunto delito, o de las funciones o cargo que desempeñen o hayan desempeñado el imputado o la víctima o del tipo de régimen jurídico a que estén sometidos los bienes afectados. Muchas veces, para resolver estas situaciones, el juez penal se ve obligado a resolver esas cuestiones mediante la apreciación de hechos que no son estrictamente penales, con la consiguiente valoración de pruebas al respecto y con pronunciamientos en materia de Derecho Civil, Derecho Administrativo, Derecho Laboral , etc., según la naturaleza de la cuestión planteada. Surgen así las llamadas cuestiones prejudiciales, que son aquellas íntimamente vinculadas al hecho con apariencia de delito que

[173].- Sobre esto, recomiendo ver los filmes: "Pena de Muerte" (Dead Man Walking), protagonizada por Sean Penn y Susan Sarandon y "La salida del condenado" (Dead Man Out) con Ruben Blades y Danny Glover.

constituye el objeto del proceso penal y que es necesario resolver para determinar la existencia o no de responsabilidad penal y la extensión de la misma, en su caso.

Por otra parte, el desarrollo mismo del proceso penal comporta gastos, daños y perjuicios para el Estado, para las víctimas, los testigos, los expertos y demás intervinientes, que constituyen fuentes de obligaciones de resarcimiento a los afectados, que deben ser declaradas y satisfechas dentro del proceso.

2.- LAS RELACIONES JURÍDICO-CIVILES EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Las relaciones jurídico-civiles que pueden dar lugar a resarcimiento en los marcos del proceso penal son de dos tipos claramente diferenciados:

a.- La responsabilidad civil que pudiera derivarse del hecho objeto del proceso penal; y

b.- La responsabilidad civil derivada de los efectos patrimoniales del proceso mismo.

Las diferencias entre esas dos formas de relaciones civiles son evidentes por lo que se refiere a su fuente de origen, a sus sujetos y al modo de reclamarlas.

La responsabilidad civil que pudiera derivarse de la penal es la obligación que surge en cabeza de la persona declarada culpable como autor o partícipe de un delito o de la persona natural o jurídica que deba responder por él (tercero civilmente responsable), de resarcir a la víctima o perjudicado, ya sea mediante la restitución de los bienes afectados, la satisfacción moral o la indemnización de daños y perjuicios. Esta forma de responsabilidad civil tiene como fuente el injusto penal comprobado que constituye el objeto del proceso y aunque puede reclamarse desde el momento mismo de ocurrencia del hecho punible, no es exigible hasta cuando recaiga sentencia firme que declare su existencia. En la responsabilidad civil derivada de delito, el declarado culpable, quien fue sujeto activo del delito, pasa a ser el sujeto pasivo u obligado al resarcimiento civil, en tanto que la víctima o perjudicado se convierte en el sujeto activo o acreedor civil. La responsabilidad penal presuntamente derivada de delito puede reclamarse dentro o fuera del proceso penal y antes o después que exista sentencia firme que declare la responsabilidad penal, siempre según el sistema legislativo de que se trate, como veremos más adelante.

La responsabilidad civil derivada del proceso mismo es aquella que tiene como fuente los actos procesales y los hechos naturales o humanos estrictamente relacionados con ellos. Esta forma de responsabilidad civil tiene dos manifestaciones esenciales, que son: la obligación del Estado, del querellante o del denunciante de indemnizar al procesado absuelto de los daños y perjuicios que se le hayan causado con ocasión de su procesamiento; y la

obligación del procesado sancionado de resarcir las costas y costos del proceso al Estado y a las partes acusadoras privadas. Este tipo de responsabilidad no depende del hecho objeto del proceso, sino del proceso como sucesión de hechos y, como se ve, las partes y los sujetos procesales en general, pueden desempeñar indistintamente los papeles de acreedores o deudores. Este tipo de responsabilidad civil raramente se dirime fuera del proceso penal y generalmente después de la firmeza de la sentencia, pues casi siempre constituye un incidente procesal en ejecución.

3.- LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Los sujetos de la relación jurídico-civil en el proceso penal son:

a.- El acusado, quien será el demandado en el proceso civil subsumido en el proceso penal.

b.- La víctima o los perjudicados, que jugarán el papel de demandantes civiles en el proceso penal. Se considera víctima a la persona que ha recibido directamente los efectos del delito, que, a menos que haya muerto como consecuencia misma del delito, será el principal legitimado para reclamar el resarcimiento civil. Se considera perjudicados o agraviados a las personas naturales o jurídicas, que no habiendo recibido la acción directa del delito, guardan con la víctima alguna relación legítima que les permite reclamar en juicio una indemnización civil. Son estas personas las que pueden actuar en el juicio penal como parte civil o como querellantes en ejercicio conjunto de la acción penal y la civil.

c.- El tercero civilmente responsable, es la persona natural o jurídica que tiene una responsabilidad civil solidaria con el acusado, de origen legal o convencional. Los casos más usuales son los del empleador y los de las compañías de seguros en los delitos culposos. El tercero civilmente responsable puede actuar independientemente dentro del proceso y mantener posiciones propias, pero en la práctica actúa siempre como un defensor *ad hoc* del acusado, ya que su misión consiste en probar que aquél actuó con la debida diligencia, para así, librado el acusado de culpa, pueda él mismo librarse de su responsabilidad. Por esta razón, el tercero civilmente responsable puede perfectamente hacerse defender por los mismos abogados que defienden al acusado.

d.- El Ministerio Público cuando reclame la indemnización civil a favor del Estado o cuando actúe en representación de las víctimas, según lo permitan las legislaciones concretas de los diversos Estados.

e.- Organismos especializados que ostenten la representación de las entidades político territoriales con personalidad jurídica, tales como procuradores de la Nación, estados, provincias, abogados del Estado, etc.

4.- OPORTUNIDAD Y MODO DE RECLAMAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL PRESUNTO INJUSTO PENAL

Más allá de la polémica sobre si el delito es fuente de obligaciones civiles por sí mismo o por mediación de la ley, lo cierto es que todo hecho punible, como variedad del hecho ilícito en general, genera, junto a la responsabilidad penal , también responsabilidad civil.

Pero aunque, ambas formas de responsabilidad tienen un origen común —el injusto penal—, son absolutamente independientes en cuanto su forma, tiempos de prescripción o de caducidad, y la extinción de la una no acarrea necesariamente la extinción de la otra, lo cual hace aun más azarosa la exigencia de la responsabilidad civil, ya sea de manera simultánea dentro del proceso penal, o ante los mismos tribunales de lo penal una vez firme la sentencia condenatoria o ya de manera independiente ante los tribunales de lo civil.

Por estas razones, la exigencia o reclamación de la posible responsabilidad civil derivada del delito objeto del proceso ha sido tratada históricamente de tres maneras posibles en las legislaciones concretas:

1.- De forma independiente ante la jurisdicción civil;

2.- Durante el proceso penal de manera conjunta con la exigencia de la responsabilidad penal o como un incidente especial; y

3.- Ante los tribunales de lo penal después de la firmeza de la sentencia condenatoria.

La reclamación de la responsabilidad derivada de un presunto delito ante los tribunales civiles de manera absolutamente independiente del juicio penal, tiene a su vez tres modalidades, según el momento en que dicha reclamación se produzca. El primero de estos momentos es antes que se haya incoado proceso penal alguno. El segundo momento puede tener lugar cuando ya existe un proceso penal paralelo por los mismos hechos. Y el tercer momento puede darse cuando ya exista sentencia firme condenatoria en materia civil. En el primero y el segundo de estos momentos, el primado de orden público de la jurisdicción penal suele acarrear, en los diversos ordenamientos jurídicos, la paralización de la reclamación ante los tribunales civiles hasta cuando se decida el juicio penal que debe tener lugar o que está teniendo lugar. Esto se comprende, pues si los hechos de los que se hace derivar la demanda civil pudiesen constituir delito, la determinación de ello se consideraría más importante para la sociedad, interesada en perseguir el delito, que la mera disputa civil entre particulares. Si los tribunales de lo penal dicen que hay delito y que es penalmente responsable el imputado, que es también civilmente demandado o solidario con el demandado, entonces podrán los tribunales civiles determinar la responsabilidad civil. Si el tribunal de lo penal declara que el

imputado demandado no participó de los hechos justiciables en ambos procesos (civil y penal) o que tales hechos nunca existieron, entonces el juez civil debe declarar sin lugar la demanda, y si el tribunal penal declara que los hechos imputados, si bien ciertos no son punibles, el juez civil queda en libertad de decidir si existe responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito genérico.

No obstante, hay sistemas jurídicos como el anglosajón, en los que la reclamación civil puede intentarse ante los tribunales civiles en todo tiempo, incluso una vez incoada causa penal contra el demandado y aun cuando de la demanda se infiera claramente que el hecho en que esta se funda es constitutivo de delito. En este caso a la víctima no le interesa para nada la represión penal de que pueda ser objeto el demandado, sino solamente la reparación, compensación o indemnización que pueda obtener de aquel. Ello ocurre con mucha frecuencia en casos de injurias, plagios, lesiones y daños culposos, donde la sanción penal puede ser benigna, pero la condena civil puede ser cuantiosa. En el caso de los países anglosajones esta situación es explicable porque la víctima y los perjudicados no tienen participación alguna en el juicio penal, pues no pueden convertirse siquiera en parte civil, por lo que, en todo caso, para resarcirse deberán tarde, o temprano, acudir a la vía civil.

La acción civil puede ser ejercida en el proceso penal conjuntamente con la acción penal, ya sea por el fiscal, por el ministerio público (cuando es distinto de la Fiscalía), por un acusador privado o popular o por un defensor del pueblo u *ombudsman*. En algunas legislaciones la víctima o los perjudicados pueden erigirse solo en *parte civil* en el juicio penal, mediante el nombramiento de un abogado que los represente solo para reclamar la responsabilidad civil. A este abogado se le suele denominar entonces *acusador civil*.

La reclamación de la responsabilidad civil conjuntamente con la exigencia de la responsabilidad penal tiene, a su vez, dos momentos de ocurrencia según las diversas legislaciones. El primero sería por los querellantes o acusadores privados desde el momento mismo en que presentan su querella para provocar una investigación por delitos de acción pública o privada; en este caso determinarán en la querella los perjuicios económicos o morales y solicitarán fundadamente su resarcimiento. El segundo y más común es por la Fiscalía u otros acusadores penales o simplemente civiles, en el momento de formulación de la acusación.

El ejercicio conjunto de la acción civil con la penal es sencillo, porque ambas se hacen derivar de los mismos hechos y, por tanto, solo se les tiene que describir una vez y pueden probarse con los mismos medios de prueba. Para que la acción civil se considere ejercida conjuntamente con la penal, basta incluir en el escrito de calificación o acta de acusación una referencia a las normas sustantivas que regulan el hecho ilícito y la responsabilidad civil derivada del delito, bien estén contenidas en el Código Civil, en el Código Penal, o en ambas,

o en legislación especial, junto con una estimación de la indemnización restitutoria o compensatoria que deba satisfacer el acusado una vez condenado. En cambio, el ejercicio de la acción civil de forma independiente consiste en un libelo de demanda al estilo civil, pero que debe interponerse en la fase intermedia del proceso ante el tribunal penal.

Hay legislaciones, como la venezolana, que permiten reclamar la responsabilidad civil ante el mismo tribunal penal del juzgamiento, pero únicamente después que la sentencia condenatoria se haya hecho firme. Si bien es cierto que este sistema es realmente prudente, ya que asegura una base de juzgamiento cierto para el posterior juicio civil, el inicio de este suele resultar sumamente dilatado, si el proceso se extendiere a apelación o casación, quizás múltiple. Sin embargo, este método puede dar lugar, y lo da, a indefensión de los terceros civilmente responsables, que por no haber sido parte en el proceso penal no pudieron coadyuvar a la defensa del penado en lo que les beneficiaba.

Para la observancia de los principios esenciales del moderno sistema acusatorio, cuando la responsabilidad penal derivada de delito se reclame en un procedimiento especial y separado, este habrá de ser necesariamente oral y concentrado[174]. Ello quiere decir que no bien los interesados hayan presentado su demanda o requerimiento por escrito con su correspondiente promoción de pruebas y se haya dado traslado de todo ello al demandado (acusado sancionado o tercero civilmente responsable, en sus casos), el tribunal competente convocará a una audiencia en la que se harán las exposiciones orales de las partes y se practicarán las pruebas previamente admitidas. Inmediatamente se dictará sentencia sobre este punto.

Habida cuenta de las razones anteriores, quien suscribe considera que el mejor método para reclamar la responsabilidad civil derivada del delito es durante el mismo juicio oral. En realidad esto es muy sencillo y no ofrece mayores dificultades, pues no supone ningún esfuerzo adicional a la prueba del delito, siempre que se controlen los marcos del ejercicio de la acción civil a lo pertinente. Probado el delito quedará probada la responsabilidad civil derivada de él, ya que este sistema se basa en la intención y en el elemento subjetivo del delito. Pero, por ello mismo, si el acusado resulta absuelto, aun como autor no culpable, los perjudicados tendrán que recurrir a un nuevo juicio en la vía civil para resarcirse económicamente.

Es necesario señalar que el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal solo puede admitirse en cuanto atañe a la responsabilidad civil derivada del delito y, por tanto no es posible admitir en este proceso demandas reconvencionales o defensas por

---

[174].- A este procedimiento especial el COPP le llama “Procedimiento para la reparación del daño y la indemnización de perjuicios” y el CPP colombiano le denomina “Incidente de reparación integral” (arts. 102 al 108).

compensaciones no relacionadas con el objeto del proceso, ya que el tribunal penal no es competente para conocer de reclamaciones no relacionadas con dicho objeto[175]. La compensación por deudas no relacionadas con el objeto del proceso penal como, por ejemplo, el dinero que el penado por lesiones le había prestado al lesionado dos años antes del delito, solo podrán ser opuestas por incidencias durante la ejecución de la sentencia, siempre que el crédito del condenado contra quien fue su víctima delictiva conste de instrumento público o sea admitida por la víctima.

Finalmente, debemos decir que la jurisdicción penal solo se extiende al conocimiento de cuestiones civiles distintas de la responsabilidad civil derivada del delito, cuando estén tan íntimamente ligadas al hecho justiciable que sea imposible separarlas y sea necesario resolverlas para la represión. Por ejemplo, si en un proceso penal el fiscal califica de parricidio el hecho cometido por un joven que ha disfrutado de la posesión de estado como hijo de la víctima, quien no le había reconocido formalmente, el tribunal deberá resolver, a los efectos de la calificación del delito, si efectivamente el acusado era hijo de la víctima, pero sin que este pronunciamiento pueda tener efectos civiles ni pueda la sentencia penal que así lo declare ser insertada en el registro civil. Por esta razón, nunca puede hablarse de prejudicialidad civil o mercantil, laboral, administrativa u otra, respecto del proceso penal, ya que la jurisdicción penal es la primada del orden público y no puede ceder ante aquellas.

5.- LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EN EL PROCESO PENAL

La prejudicialidad en el proceso penal, consiste en la existencia de asuntos de índole civil, mercantil, laboral o administrativa que haya que resolver previamente para luego dar curso al proceso penal, es una cuestión altamente preocupante por las dilaciones que acarrea. Sin embargo, éste es un asunto teórica y prácticamente resuelto desde hace mucho tiempo por la ciencia procesal penal.

Las cuestiones prejudiciales son, casi como regla absoluta, el resultado de los alegatos defensivos de los acusados, aunque en ciertos tipos agravados de delitos, éstas llegan al proceso penal de la mano del acusador. Así, por ejemplo, las personas acusadas de bigamia, suelen, y con mucha frecuencia, alegar la nulidad o anulabilidad del primer matrimonio, pero también los fiscales a veces atribuyen a ciertos acusados condiciones o cualidades, de cuya determinación precisa depende la calificación de los hechos imputados; así, en ciertos casos se acusa de parricidio al joven homicida que pareciera tener la posesión de estado de hijo de su víctima, o se acusa por peculado a personas que pudieran ostentar la condición de funcionarios públicos de hecho. Entonces los imputados solicitan que tales cuestiones sean calificadas previamente por los tribunales competentes en razón

[175].- Cf: LEONE, GIOVANNI. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Editorial EJEA, Buenos Aires, 1989.

de esas materias. De tal manera, se denomina *cuestiones previas devolutivas* a aquellas que son remitidas (devueltas) por los tribunales penales a los tribunales de la materia en cuestión.

En los grandes ordenamientos procesales del siglo XIX, en Francia, Austria y Alemania (StPO art. 154d), la prejudicialidad fue tratada de forma devolutiva *in genere*, es decir, bajo el supuesto amplio de que toda cuestión prejudicial debía ser resuelta por los órganos competentes según la naturaleza jurídica de aquélla, con la consiguiente dilación del proceso penal. Sin embargo, este criterio fue reducido posteriormente a las meras cuestiones sobre el estado civil de las personas, como se hizo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LCrim) española de 1882, según el criterio del nunca bien ponderado Manuel Alonso Martínez.

En la versión cubana de 1973 de la referida LCrim, que había sido hecha extensiva a Cuba, Filipinas y Puerto Rico en 1886, se acogió el criterio, que ya prevalecía en la Jurisprudencia y la Doctrina de la mayor de las Antillas desde la década de 1930, sobre el carácter primado de la jurisdicción penal en el orden público, por lo que no puede ceder jamás ante ninguna otra, en tanto su meta fundamental es la constatación del hecho punible y la declaración de la responsabilidad penal, mientras que la declaratoria de situaciones jurídico-civiles o administrativas, solo debe realizarse en sede penal precisamente a los fines de cumplir con su objetivo principal. A este tratamiento de las cuestiones previas se le llama *no devolutivo*.

Por esta razón, la jurisdicción penal no debe operar en función de prejudicialidad alguna, sino de prorrogabilidad o extensión de la jurisdicción penal a otras jurisdicciones, que en la doctrina moderna está formulada así:

> Los tribunales de lo penal, *al solo efecto de la declaración de la existencia o no de responsabilidad penal,* podrán resolver todas aquellas cuestiones civiles, mercantiles, laborales, o de otra índole, que aparezcan tan íntimamente ligadas a los hechos punibles justiciables que sea racionalmente imposible separarlos y *fallar sin resolverlas.*[176]

Así, por ejemplo, si se juzga un delito de parricidio y del registro civil no consta que el acusado sea hijo de la víctima, el tribunal puede declararlo así a los efectos de la calificación, si de las pruebas practicadas se puede deducir la posesión de estado respectiva. Pero, tal declaración no podrá hacerse valer jamás en el plano civil. Lo mismo ocurriría en el socorrido caso de la bigamia, donde el tribunal vendría obligado a entrar a resolver, solo a los efectos del proceso penal, si el primer matrimonio de la persona acusada era válido o no. De igual manera, si el tribunal, a los efectos de la apreciación de un posible delito de acoso sexual, declara que existió una relación de subordinación laboral entre la agraviada y el acusado, ello no quiere decir que esa declaración tenga efecto en la

[176].- Ver LPP cubana, artículo 6.

jurisdicción laboral y que se pueda pedir su ejecución en cuanto a prestaciones, por ejemplo. En este caso, semejantes declaraciones, producidas en la jurisdicción penal, solo tienen efecto en ella (*incidenter tantum*) y allí se agotan, sin que la trasciendan jurídicamente.

Sin embargo, el Código Orgánico Procesal Penal venezolano recorrió, en sus diversos anteproyectos, toda la historia de la prejudicialidad hasta detenerse ante la barrera del estado civil de las personas, al que muchos teóricos consideran infranqueable por su efecto sobre el orden público.

Pero comoquiera que los redactores del COPP sabían que resulta poco probable que un tribunal civil venezolano resuelva una controversia en menos de seis meses, terminaron rindiéndose ante esa evidencia y acordaron, como se evidencia en el artículo siguiente, que si el interesado no promovía el proceso civil correspondiente o el tribunal civil no resolvía dentro del lapso de seis meses, entonces la cuestión prejudicial debía ser resuelta por el tribunal penal de la causa.

Los países que aun admiten, como lo hace ahora el COPP, la prejudicialidad en materia de estado civil de las personas, se fundan en una elaborada conceptualización de los asuntos que pueden ser alegados en ese sentido dentro del proceso penal. Así, la doctrina francesa, española e italiana nos hablan de cuestiones judiciales negativas y positivas respecto al estado civil. En cuanto a ello, serán positivas aquellas que apuntan a la constatación de hechos que pudieran afectar el estado civil de las personas y que no constan en el registro del estado civil, como en el caso citado del sujeto a quien se acusa de matar a un hombre que parecía ser su padre. El vínculo filial es jurídicamente inexistente en este caso y el tribunal de lo penal podría declarar su existencia a los solos fines de la calificación del delito, pero sin efectos sobre el registro civil.

En cambio, las cuestiones prejudiciales negativas en materia de estado civil de las personas son aquellas que tienen como propósito atacar el hecho registral, esto es, demostrar que es falso el hecho asentado en el registro civil. Este sería el caso de quien, acusado de bigamia, alegue en su defensa que su primer matrimonio es nulo porque fue obligado a contraerlo o porque respecto a su pretenso cónyuge operaba un impedimento absoluto. En este caso, el hecho registral es ineludible y por esta razón el COPP, siguiendo a las legislaciones apuntadas, se inclina por remitir el asunto, en principio, al juez de lo civil. De tal manera, solo las cuestiones prejudiciales negativas en materia de estado civil deben ser hoy susceptibles de verdadera prejudicialidad, y consideramos que los jueces venezolanos deben rechazar toda promoción de cuestiones prejudiciales que no sean de este tipo, debiéndose aplicar preferentemente la fórmula del artículo anterior que expresa el más elaborado desarrollo doctrinal del abordaje de este asunto, pues, como hemos visto, al final de cuentas y en aras de la celeridad procesal, suprema pauta del juicio penal acusatorio, el tribunal de lo penal es competente para resolver por sí mismo todo tipo de incidencias.

Finalmente, respecto al efecto que pudieran tener fuera del proceso penal las declaraciones jurisdiccionales realizadas en materia civil, administrativa o laboral por el juez penal, las legislaciones del mundo se dividen en dos grandes grupos:

1.- Las que consideran que esos efectos son *incidenter tantum*, es decir solo válidos dentro del proceso penal y sin validez alguna fuera de él; y

2.- Las que consideran que siendo la jurisdicción una sola, como función del Estado, esas declaratoria debe ser consideradas *principaliter*, es decir con validez plena fuera del proceso penal y *erga omnes*.

En realidad, la mayoría de las legislaciones se inclina por la primera variante, dado lo espinoso del tema.

6.- OPORTUNIDAD Y MODO PARA RECLAMAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL PROCESO

Las deudas originadas como consecuencia del proceso, por lo común se reclaman en el procedimiento de ejecución de la sentencia firme, ante el juez a quien corresponda conocer de dicho procedimiento, pero algunas acreencias derivadas de la sustanciación misma del proceso pueden ser demandas o exigidas ante el juez de juzgamiento en el curso del proceso. Este es el caso de los honorarios profesionales debidos a abogados litigantes que hayan actuado como eventuales defensores o representantes de acusados y víctimas, y también a expertos o consultores técnicos de las partes.

La reclamación por concepto de honorarios profesionales se verificará siempre frente a la parte que haya contratado los servicios de los profesionales reclamantes, y a estas peticiones se les deberá dar siempre tratamiento de incidencia separada, aun cuando por exigencias de la estructura del proceso, estas reclamaciones deban ventilarse en audiencias orales concentradas. En cambio, los montos y conceptos debidos a testigos, expertos, escabinos, jurados populares u otras figuras de ese talante, que deberán serles pagadas sin que importe si los acusados resultan declarados responsables o inocentes, podrán ser satisfechas por el Estado, con reserva de que este pudiera repetir luego contra el acusado definitivamente condenado.

En la actualidad, la doctrina jurídica mundial debate de manera ardua si debe el condenado rembolsarles a las víctimas y al Estado los gastos en que hayan incurrido durante el proceso o si, por el contrario, el principio democrático de gratuidad de la justicia debe eximirlo de tal pago. En cuanto a la víctima, parece haber unanimidad en que los gastos de esta para venir al proceso, incluso los honorarios pagados a sus representantes legales y consultores técnicos, son una extensión de los daños patrimoniales que el delito le ha causado, por lo cual deben considerarse parte de la responsabilidad civil derivada del delito comprobado y sancionado. Pero en cuanto a los gastos del Estado por concepto de remuneraciones a testigos, expertos, peritos públicos, etc., son muchos los que piensan que

dichos expendios deben ser absorbidos por el *Leviatán* en razón del principio de gratuidad de la justicia (allí donde se consagra), pues si la jurisdicción penal existe para la búsqueda de la verdad y no de una condena a ultranza, daría lo mismo que los acusados resultaran condenados o absueltos. Otros, en cambio, entre los que nos contamos, piensan que los gastos en que incurra el Estado con motivo del proceso deben ser exigidos al condenado como parte de la responsabilidad derivada del delito, por el solo hecho de haber dado lugar al follón. En este caso la reclamación tendría que esperar a la firmeza de la sentencia, pues es claro que el acusado absuelto no le debe a nadie, más que a sus abogados y consultores técnicos.

En caso de que el acreedor de la reclamación por los efectos dañinos del proceso fuera el acusado absuelto, entonces tal reclamación tendría necesariamente que hacerse a la firmeza de la sentencia absolutoria. Así, la demanda o petición de resarcimiento tendría que ser interpuesta ante el juez competente para la ejecución del fallo, y los demandados serían tanto el Estado como el querellante privado o el denunciante falaz, que estarían obligados a resarcir al absuelto en la medida de sus respectivas responsabilidades, libremente determinadas por el tribunal.

Siempre con miras a la observancia de los principios esenciales del moderno sistema acusatorio, las reclamaciones a que se refiere este epígrafe, al igual que las reclamaciones relativas a la responsabilidad penal derivada de delito, se tramitarán por incidente separado o por procedimiento especial, que habrán de ser necesariamente orales y concentrados. Esto es, que una vez que los interesados hayan presentado su demanda o requerimiento por escrito con su correspondiente promoción de pruebas y se haya dado traslado de todo ello al demandado (acusado sancionado o tercero civilmente responsable, en sus casos), el tribunal competente convocará a una audiencia en la que se harán las exposiciones orales de las partes y se practicarán las pruebas previamente admitidas. Inmediatamente se dictará sentencia sobre este punto.

CONCLUSIONES

Como ya lo habrá advertido el lector atento, en la práctica no existe un modelo único de sistema acusatorio y mucho menos un modelo perfecto, pues las circunstancias históricas de su aparición e implantación en cada pueblo o país le confiere, en cada uno de ellos, características especiales y concretas, con sus ineludibles ventajas y desventajas.

Hemos expuesto cómo en el procedimiento oral de los países del *common law*, la intervención del jurado, formado totalmente por personas desconocedoras del derecho, puede dar lugar a veredictos escandalosos. Pero también hemos apreciado cómo el juzgamiento en instancia única por tribunales de derecho y la formalidad de los recursos puede constituir el talón de Aquiles de los procedimientos de inspiración eurocontinental.

Es sumamente difícil que los pueblos renuncien a corto plazo a sus tradiciones, y por ello perviven entre nosotros todas esas particularidades de unos y otros sistemas, aparte que no siempre es fácil ponerse de acuerdo sobre cuál institución es más o menos conveniente. Sin embargo, sí resulta posible definir la esencia de la forma procesal acusatoria mediante la descripción de los componentes fundamentales de cada uno de los ordenamientos concretos y sus respectivas variantes.

En términos muy generales, podemos afirmar que el sistema acusatorio es aquel donde el inicio del proceso, su impulso, la pretensión de condena y la carga de la prueba residen en un sujeto procesal distinto del juez, lo cual implica que dicho sujeto tiene la obligación de demostrar sus imputaciones a todo lo largo del proceso sin que el juez pueda suplir sus carencias. Frente a este sujeto acusador estará el imputado con su defensor, que tienen el derecho a conocer esas imputaciones con suficiente antelación al juicio oral y a promover prueba para desvirtuarlas. Entre estos dos sujetos se encuentra siempre un tribunal como árbitro, que deberá decidir las controversias que surjan entre las partes con motivo de la sustanciación del proceso, y otro tribunal que tendrá a cargo la declaración judicial sobre la existencia o ausencia de responsabilidad penal por medio de un juicio oral y público.

El desarrollo de las comunicaciones y de las relaciones entre los pueblos y el llamado proceso de globalización provocan una conjunción generalizada de valores a la que no es ajeno el procedimiento penal. Ya incluso se han hecho importantes intentos unificadores en este sentido, como son las declaraciones internacionales de derechos humanos, los códigos modelo, las declaraciones universales de la Organización de Naciones Unidas sobre la independencia de la justicia, la justicia penal internacional y el ejercicio de la abogacía, pero aún pasarán muchos años antes que el sistema acusatorio y el juicio oral se hayan impuesto

sobre toda la faz de la Tierra y muchos más para que alcancen un único e ideal modelo universal.

Esperamos que nuestros lectores puedan, mediante estas páginas, comprender la esencia del sistema acusatorio y juzgar con mayor precisión los aciertos y desaciertos de su propia legislación patria.

BIBLIOGRAFIA

Angulo Ariza, F. S. *Cátedra de Enjuiciamiento Criminal*. Editorial La Torre. Caracas, 1973.

Arteaga Sánchez, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. 6ta Edición. Caracas, 1992.

Bello-Lozano, Humberto y Bello-Lozano Márquez, Antonio. *Teoría General del Proceso*. Mobil Libros. Caracas, 1989.

Bergman, Paul. *La defensa en juicio*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995.

Berman, Harold. *Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos*. Editorial Letras, S.A. México, 1965.

Binder M., Alberto. *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

Borjas, Arminio. *Exposición del Código de Enjuiciamiento Criminal*. Caracas, 1943.

Briceño, William. *Gaitán después de medio siglo*. Imprenta Internacional C. A. Maracaibo, 2000.

Brichetti, Giovanni. *La ?evidencia? en el Derecho procesal penal*. Ediciones EJEA, Buenos Aires, 1973.

Cafferata Nores, José I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. 3ra. Edición actualizada. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

Cafferata Nores, José I. *Introducción al proceso penal*. Editora Marcos Lerner. Córdova, 1994.

Cafferata Nores, José I. *La prueba en el proceso penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.

Carnelutti, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Ediciones EJEA. Buenos Aires, 1950.

Creus, Carlos. *Invalidez de los actos procesales penales. Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.

Código de Enjuiciamiento Criminal. EDUVEN, Caracas, 1989.

Código Orgánico Procesal Penal. Vadell Hnos. Editores, Caracas-Valencia, 2000.

Código Penal y de Procedimiento Penal. Editorial Unión, Bogotá, 2000.

De Lamo Rubio, Jaime y otros. *El proceso penal*. Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

De la Oliva Santos, Andrés, y otros. *Derecho procesal penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón, S. A., Madrid, 2000.

De Pina, Rafael. *Manual de Derecho procesal penal*. Primera Edición. Editorial Reus S.A. Madrid, 1934.

Derecho Procesal. Memorias del Congreso Latinoamericano del Derecho Procesal. Acamid, Mérida, 2000.

Devis Echandía, Hernando. *Principios Fundamentales del Derecho procesal penal*. Biblioteca Jurídica Dike Medellín, 1988.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Editorial Zabalia. Buenos Aires. 1981.

Diéz-Picazo, Luis María. *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*. Editorial Ariel. Barcelona, 2000.

Döhring, Erich. *La prueba, su práctica y apreciación*. Editorial Reus, Madrid, 1957.

Dworkin, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Gedisa Editorial, Barcelona, 1992.

Framarino dei Malatesta, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Editorial Temis, Bogotá, 1997.

Fenech, Miguel. *El Proceso Penal*. Editorial Bosch. Barcelona, 1956.

Florian, Eugenio. *Elementos de Derecho procesal penal*. Editorial Bosch. Barcelona, 1960.

Florian, Florian. *De las Pruebas Penales*. Editorial Temis Librería, Bogotá, 1982.

Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999.

Gaspar, Gaspar. *Manual de instrucción de sumarios en el proceso penal*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996.

Giacometto Ferrer, Ana y García González, Alicia. *Crisis en la enseñanza del derecho*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000.

Giménez Sánchez, Itziar. *Pluralidad de partes en el proceso*. McGraw-Hill, Madrid, 1998.

Gómez Colomer, Juan-Luis. *El proceso penal alemán. Introducción y Normas Básicas*. Editorial Bosch. Barcelona, 1985.

Gómez Colomer, Juan-Luis y otros. *Problemas del juicio oral con jurado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

González-Cuéllar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Editorial COLEX, Madrid, 1990.

Gorphe, Francis. *Crítica del Testimonio*. Editorial Reus, Madrid, 1962.

Goldberg, Steven H. *Mi primer juicio oral*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994.

Leone, Giovanni. *Tratado de Derecho procesal penal*. Ediciones EJEA. Buenos Aires, 1989.

Enjuiciamiento Criminal. Biblioteca de Legislación CIVITAS, Madrid, 1999.

Maier, Julio. *Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho procesal penal*. Ediciones EJEA, Buenos Aires, 1951.

Martín y Martín, José Antonio. *La instrucción penal*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999.

Matia Portilla, Francisco Javier. *El derecho fundamental la inviolabilidad del domicilio*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

Mittermaier, L. *Tratado dela prueba en materia criminal*. Editorial Reus, Madrid, 1962.

Muñoz Sabaté, Luis. *Técnica Probatoria. Estudio sobre la dificultad de la prueba en el proceso*. Editorial Praxis, S.A. Barcelona. 1983.

Nieva Fenoll, Jorge. *El hecho y el derecho en la casación penal*. J. M. Bosch Editor. Barcelona. 2000.

Nuevo Código Orgánico Procesal Penal. III Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del estado Carabobo. Vadell Hnos. Editores. Valencia, 1996.

Paz Rubio, Jesús María. *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales*. Editorial COLEX, Madrid, 1999.

Pessoa R., Nelson. La nulidad en el proceso penal. Editorial Mave. Buenos Aires, 1999.

Primeras Jornadas de Derecho procesal penal. UCAB, 1998.

Prieto-Castro, Leonardo. *Derecho procesal penal*. Editorial Tecnos. Madrid, 1982.

Prieto Morales, Aldo. *Derecho procesal penal*. Editorial Orbe. La Habana, 1973.

Puppio, Vicente. *Teoría General del Proceso*. UCAB. Caracas, 1998.

Ragués i Vallés, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. J. M. Bosch Editor. Barcelona, 1999.

Rosenberg, Leo. *La carga de la prueba*. Ediciones EJEA, Buenos Aires, 1956.

Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000.

Roxin, Claus y otros. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho procesal penal*. Editorial Ariel. Barcelona, 1989.

Segundas Jornadas de Derecho procesal penal. UCAB, Caracas, 1999.

Schönbohm, Horst y Lösing, Norbert. *El Proceso Penal, Principio Acusatorio y Oralidad en Alemania*. Fundación Konrad Adenauer. Caracas, 1995.

Sevilla, Heddy. *Anotaciones teóricas sobre aspectos del proceso penal*. Editorial Buchivacoa. Caracas, 1995.

Tamayo Rodríguez, José Luis. *Proposiciones para reformar el COPP. Medidas de Coerción Personal*. Ediciones de la Asamblea Nacional. Caracas, 2001.

Vásquez González, Magaly y Manzaneda Mejías, Jesús María. *El nuevo proceso penal venezolano*. Ediciones COPRE, Caracas, 1996.

Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis Librería. Bogotá, 1984.